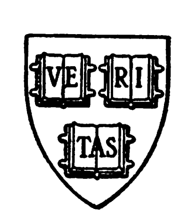
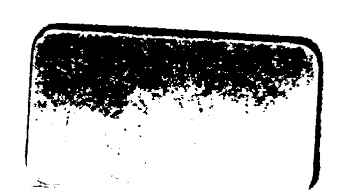
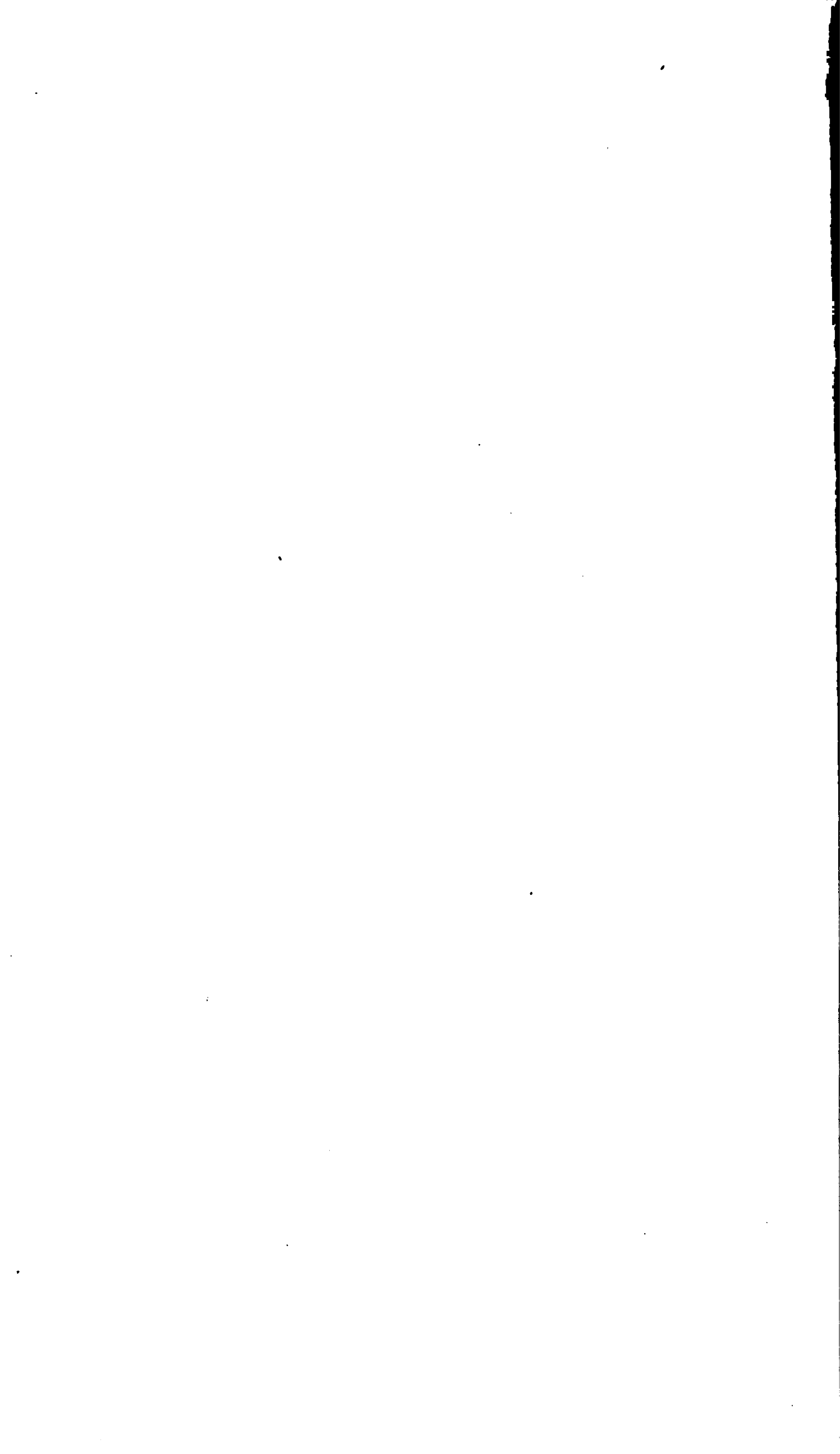



VE RI
TAS



GERMANY







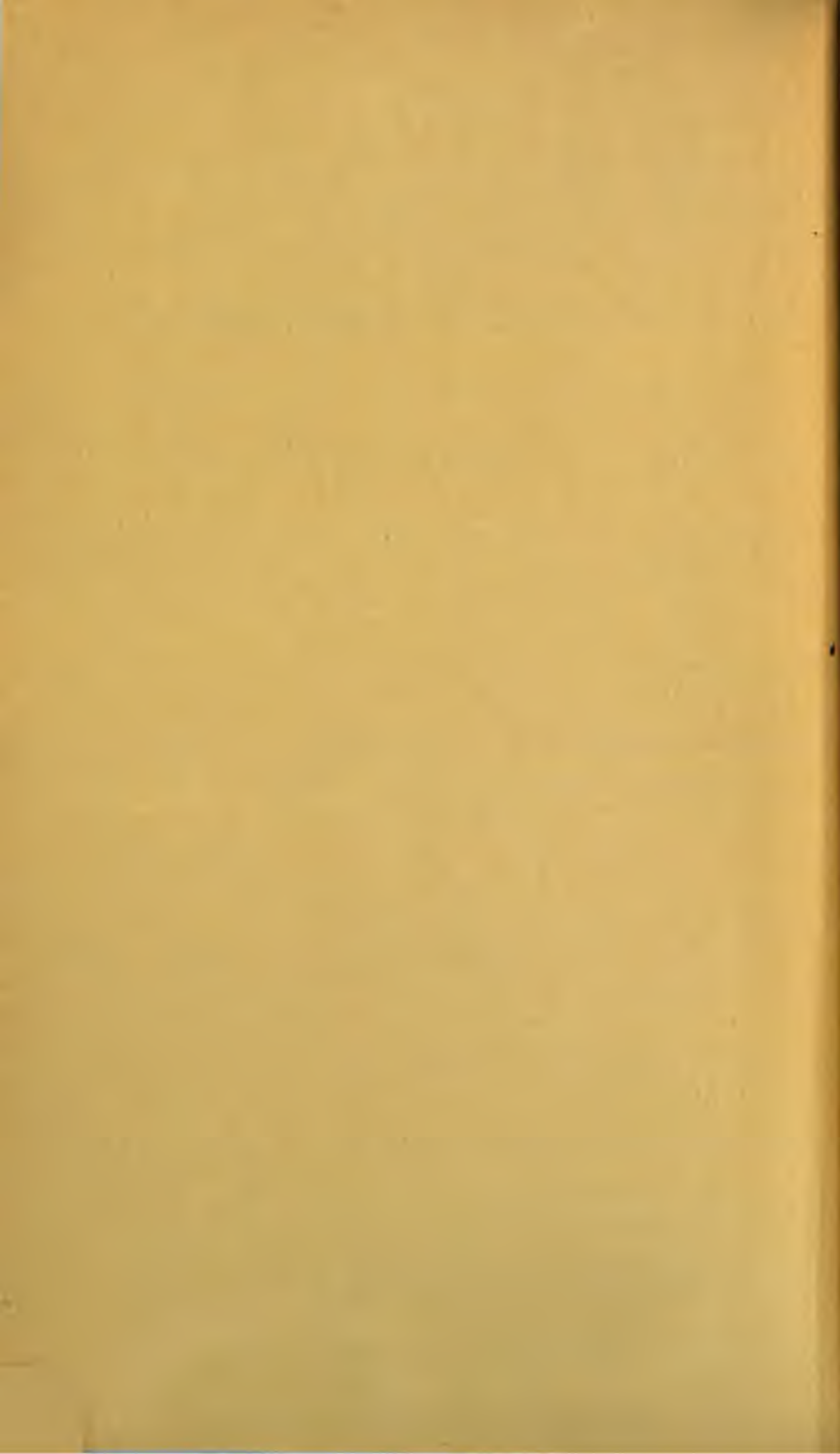
Zur Lehre
von den
Schuldversprechen
und
Schuldanerkenntnissen
des BGB.

Von

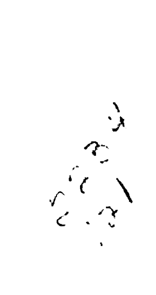
Dr. Max Rümelin,
Professor an der Universität Tübingen.



Tübingen
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1905/06.



Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse des BGB.



Zur Lehre

von den

Schuldversprechen

und

Schuldanerkenntnissen

des BGB.

Von

Dr. Max Rümelin,
Professor an der Universität Tübingen.



Tübingen
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1905/06.

Die vorliegende Abhandlung wurde auch im „Archiv für die civilistische Praxis" zum Abdruck gebracht und zwar entsprechen die Seiten 1—150 der Separatausgabe den Seiten 211—360 des 97. Bandes, die Seiten 151—328 den Seiten 169—346 des 98. Bandes genannter Zeitschrift.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Heinrich Degenkolb

zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum

am

18. Juli 1905

in Dankbarkeit

gewidmet.

(Aus der Festgabe der Tübinger Juristenfakultät.)

Inhaltsübersicht.

Erster Teil.

Die Grundlagen.

Zweiter Teil.

Die Ausgestaltung des geltenden Rechts im einzelnen.

Anhang.

Erster Teil.

Die Grundlagen.

§ 1. Stand der Lehre. Die Causa bei obligatorischen Verträgen.

Die §§ 780, 781 sollten uns den Abschluß eines lange Zeit hartnäckig geführten Streits bringen. Sowohl de lege ferenda als nach positivem gemeinem preußischem und französischem Recht wurde aufs lebhafteste darüber gestritten, ob und inwieweit sog. selbständige oder abstrakte Obligierungen stattfinden können, und welche Wirkungen diesen abstrakten Obligierungen beizulegen seien. Von einer solchen abstrakten oder selbständigen Obligierung sprach man nicht nur dann, wenn auf die „causa“ debendi, den Verpflichtungsgrund oder Rechtsgrund, aus dem das Forderungsrecht entstanden war oder entstehen sollte, gar kein Bezug genommen wurde, sondern auch dann, wenn überhaupt ersichtlich wurde, daß die Parteien eine von dem Zutreffen des genannten Grunds irgendwie unabhängige Wirkung herbeizuführen wünschten: dies letztere wurde vor allem auch bei unbestimmter Bezugnahme, z. B. „ich schulde aus einem Darlehen“ sowie bei bewußter Benennung einer falsa causa angenommen.

Man hätte nun wohl erwarten mögen, daß durch eine ausdrückliche gesetzliche Regulierung, die auf der Basis eines scheinbar unter Erschöpfung sämtlicher Gründe und Gegengründe geführten wissenschaftlichen Streits nach sorgfältigster Beratung in den Kommissionen ergehen konnte, alle Zweifel und Streitfragen beseitigt worden wären. Dem ist aber keineswegs so. Es scheint vielmehr Steinbach in seinem neuerlichen Angriff auf das abstrakte Schuldversprechen [1]) vollkommen Recht zu behalten, wenn er meint, daß die Paragraphen des BGB. voraussichtlich ähnliche Streitfragen ins Leben rufen werden, wie die berüchtigten Stellen des gemeinen Rechts, l. 25 § 4 D. 22, 3 u. c. 13 C. 4, 30. Schon jetzt hat sich eine große Zahl von bedenklichen Zweifeln ergeben. Unter Anlehnung an die während des Entwurfsstadiums einsetzende Kritik von Kindel [2]) hat Neubecker [3]) die Durchführbarkeit der §§ 780 und 781 zu bestreiten gesucht und die Behauptung aufgestellt, der ganze abstrakte Vertrag des BGB. hänge in der Luft. Der Kläger, der die Abstraktheit zu beweisen habe, werde dieselbe niemals beweisen können, da auf den Parteiwillen abgestellt sei und dieser niemals abstrahieren könne. Auch von Wieland ist in seiner vortrefflichen Schrift über den Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen [4]) Widerspruch gegen den Begriff des Formalkontrakts erhoben worden, indem ausgeführt wird, daß doch unmöglich die Konsequenzen der selb-

---

1) Festgabe der allg. öster. Gerichtszeitung für den 27. Juristentag S. 8 und 9.

2) Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund. Eine Kritik der in den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich aufgenommenen Lehre vom abstrakten Vertrage, Berlin 1892.

3) Neubecker, Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen. Archiv f. bürg. Recht Bd. 22 S. 34—92.

4) Wieland, Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen, Basel 1901.

ständigen Obligierung, namentlich hinsichtlich der Rechtskraft gezogen werden könnten [5]).

Auch unter denen, die sich auf den Boden des Gesetzbuchs und der von ihm zugrunde gelegten Konstruktionsform des abstrakten obligatorischen Vertrages stellen — und das tun mit Fug alle Lehrbücher und Kommentare — sind Differenzen über ganz wesentliche Punkte entstanden, so namentlich in Bezug auf die Frage, welche Einwendungen und Einreden dem Beklagten gegenüber einer Klage aus abstraktem Schuldvertrag zustehen, in welchem Umfang und in welcher Weise speziell auf das unterliegende Kausalverhältnis zum Zweck der Verteidigung Bezug genommen werden könne. Zweifel sind schon darüber vorhanden, ob der Beklagte auf die Geltendmachung des Gesichtspunkts der ungerechtfertigten Bereicherung beschränkt werden, oder ob seine Einwendungen einfach mittelst bonae fidei interpretatio des betreffenden Obligierungsakts zu bestimmen seien [6]). Am meisten umstritten ist wohl die Frage, ob das abstrakte Geschäft bei zugrunde liegender turpis vel injusta causa als nichtig zu betrachten sei, oder ob auch hier nur Angreifbarkeit nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zugrunde gelegt werden müsse [7]).

---

5) A. a. O. S. 75 ff. Dabei bleibt allerdings unentschieden, welche Stellung der Verfasser zu den betreffenden Paragraphen des deutschen Gesetzbuchs, mit denen er sich ex professo nicht zu beschäftigen hatte, einnimmt.

6) Diese letztere Meinung findet sich am deutlichsten ausgesprochen bei Cosack, Lehrbuch § 162 IV 3 und Staub zu § 350 HGB. S. 1087. Auf demselben Standpunkt dürfte Klingmüller, Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des BGB. für das deutsche Reich. Jena 1903 S. 139 ff. stehen. Mehr vermittelnd Planck-André zu § 780 Z. 2 Abs. 2.

7) Zu vergleichen ist über diese Streitfrage vorläufig die Literaturzusammenstellung bei Klingmüller a. a. O. S. 127 ff. und bei Neubecker a. a. O. S. 85 ff.

Daneben finden sich Streitpunkte, die in der bisherigen Literatur nur kurz gestreift sind, die aber doch fundamentale Fragen betreffen, wie z. B. die Aufstellung Endemanns[8]), daß für eine Auslegung nach Treu und Glauben bei den Schuldverträgen der §§ 780 und 781 überhaupt kein Raum sei, eine Behauptung, die ohne nähere Begründung vorgetragen von andern in ebenderselben Weise abgelehnt wird[9]).

Nur ganz nebenbei berührt wird gelegentlich die praktisch bedeutsame Frage nach der Rechtskraft, Rechtshängigkeit und Klagänderung bei Uebergang von einer auf das abstrakte Schuldversprechen gegründeten Klage zur Klage aus dem Kausalverhältnis.

Auf gleicher Linie steht der Streit darüber, ob man es bei den auf Grund von Vergleich oder Abrechnung abgeschlossenen abstrakten Schuldverträgen mit wirklichen oder nur vermeintlichen Ausnahmen vom Formprinzip zu tun habe[10]). Derselbe dürfte darauf hinweisen, daß es an der Uebereinstimmung über Begriff und Bedeutung dieser Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse noch völlig fehlt. Außerdem zeigt sich auch in der Praxis hin und wieder eine bedenkliche Unsicherheit bezüglich des Anwendungsgebiets der §§ 780 und 781[11]).

Faßt man all das zusammen, so ergibt sich, daß der Mangel an Uebereinstimmung sich nicht bloß auf die bisher berührten Einzelfragen, die noch zu vermehren wären, bezieht, sondern auf die Grundlinien des ganzen Rechtsinstituts sich erstreckt. Weder über die verschiedenen Parteizwecke, denen

---

8) Lehrbuch § 194 Z. 2 erster Absatz.

9) Zu vergleichen z. B. Cosack, Lehrbuch a. a. O.

10) Zu vergleichen auf der einen Seite v. Tuhr, zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem BGB. Leipzig 1903 S. 5 u. Crome, Lehrbuch Bd. 2 § 304 z. B. § 301 N. 36, auf der andern Klingmüller a. a. O. S. 81 N. 2.

11) S. RG. in JWS. 1901 S. 382. Civilentsch. Bd. 58 S. 200. Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 454.

der abstrakte Schuldvertrag zu dienen bestimmt ist, und ihr Verhältnis zu einander, noch über das technische Mittel, die vom Gesetzgeber zur Anwendung gebrachte Konstruktion und deren Konsequenzen, dürfte Einigkeit oder auch nur eine herrschende Meinung bestehen.

Die bisherige monographische Literatur läßt ziemlich im Stich. v. Tuhr in seiner Gelegenheitsschrift hat nur einzelne Punkte herausgegriffen, ebenso der in manchen Richtungen gänzlich fehlgehende Aufsatz von Collatz [12]). Die Abhandlung von Ackermann [13]) greift kaum über die in den Materialien niedergelegten Gedankengänge hinaus. Neubecker [14]) in seiner an sich scharfsinnigen Arbeit hat sich durch seine polemische Haltung dem Gesetz gegenüber die Möglichkeit verschlossen, Erhebliches zur Auslegung der lex lata beizutragen. Nach seiner Auffassung müßte gleich von vornherein mit einer vollständigen Umdeutung der Gesetzesbestimmungen eingesetzt werden, wenn dieselben überhaupt brauchbar gemacht werden sollen. Die Abhandlung von Klingmüller [15]) sodann haftet so sehr an der Oberfläche und ist in methodischer Beziehung so wenig klar, daß ihr Nutzen ein äußerst geringer ist [16]). Stampe [17]) in seinen verschiedenen das Thema behandelnden oder streifenden Arbeiten spricht bis jetzt mehr darüber, wie eine Arbeit über die abstrakten Verträge angefaßt werden müßte, als daß er diese selbst in die Hand nähme. In methodischer Beziehung finden sich allerdings bei ihm recht schätzenswerte Bemerkungen. Die neuesten kurzen Ausführungen von Steinbach [18]) beabsichtigen keine

12) In Ihs. Jahrb. Bd. 40 S. 127 ff.

13) In Gruchots Beiträgen Bd. 44 S. 513 ff.

14) S. o. N. 3. 15) S. o. N. 6.

16) S. darüber meine gleichzeitig verfaßte und wohl demnächst erscheinende Rezension dieser Arbeit in der krit. Vierteljahrsschrift.

17) Stampe, Das Causaproblem des Civilrechts. Eine rechtspolitische Studie am § 365 BGB. (Greifswald 1904) und Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 45 S. 387 ff., 561 ff.

18) S. o. N. 1.

Auslegung des deutschen Rechts und gehen, soweit sie eine solche versuchen, in einem wesentlichen Punkte fehl.

Bei dieser Sachlage mag der Versuch, einen weiteren Beitrag zu der offensichtlich sehr schwierigen Lehre zu liefern, gerechtfertigt erscheinen. Derselbe soll sich in erster Linie der Erforschung des durch das BGB. geschaffenen Rechtszustands zuwenden und nur in zweiter Linie, insbesondere soweit es zum Verständnis der lex lata notwendig, die de lege ferenda auftauchenden Probleme berühren.

Einer Rechtfertigung der abgesonderten Behandlung der abstrakten Schuldverträge unter Vermeidung eines Eingehens auf die gesamte Causalehre und die abstrakten dinglichen Verträge bedarf es wohl kaum. Es dürfte durch die neueren Untersuchungen, insbesondere diejenigen Wielands, genügend klargelegt sein, daß die Probleme auf dem Gebiet des Sachenrechts und des Obligationenrechts verschieden liegen und deshalb eine getrennte Behandlung möglich erscheint[19]).

Freilich ist dabei eine kurze Stellungnahme zur gegenwärtig „wieder umgehenden" [20]) Causalehre und ihrer wenig erfreulichen Terminologie [21]) nicht zu umgehen.

Um überhaupt eine Begriffsbestimmung des abstrakten Schuldvertrags vornehmen zu können, muß man sich darüber klar geworden sein, was man bei obligatorischen Verträgen

---

19) S. Wieland a. a. O. S. 9 ff. Dabei soll natürlich nicht in Abrede gezogen werden, daß auch eine zusammenfassende Betrachtung, namentlich soweit Erwägungen de lege ferenda in Frage stehen, erhebliche Vorteile bieten kann. S. darüber Stampe in Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 45 S. 387 ff., 561 ff.

20) Jung, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 46 S. 228.

21) Ueber die verschiedenen Bedeutungen des Causabegriffs zu vergleichen noch neuerdings die kurze, namentlich auf das französische Recht eingehende Zusammenstellung von G. Peterson: the evolution of „causa" in the contractual obligations of the civil law, im Bulletin of the University of Texas.

unter der causa oder dem Rechtsgrund, von dem abstrahiert, oder dem gegenüber die Obligation selbständig gestellt werden soll, zu verstehen hat.

Nach bisheriger herrschender Lehre versteht man unter causa in dem hierher bezüglichen Sinn [22]) den typischen Verkehrszweck, den die Parteien einer einzelnen Vermögenszuwendung zugrund legen. Damit man also von der causa eines Rechtsgeschäfts reden kann, ist notwendig, daß man schon eine gewisse Abstraktion vollzogen hat und eine gesonderte Betrachtung einer einzelnen Rechtsgeschäftswirkung eintreten läßt. So lange man die von den Parteien bezweckten Güterschiebungen nach ihrem wirtschaftlichen Gesamterfolg ins Auge faßt, gelangt man nicht zu der Vorstellung einer hinter dem betreffenden Geschäfte stehenden causa. Kauf, Miete, Dienstvertrag, Schenkungsverabredung haben nicht ihrerseits eine causa. Höchstens kann man sagen, daß sie die causa in sich aufnehmen, daß sie kausale Rechtsgeschäfte seien [23]).

Faßt man dagegen eine einzelne Vermögenszuwendung isoliert ins Auge, wie z. B. eine Eigentumsübertragung, so erhebt sich sofort die Frage nach dem weiteren Zweck. Das Geschäft wird wirtschaftlich verständlich erst, wenn man weiß, daß der Zuwendende irgend ein Entgelt erhalten hat oder erhalten will, oder daß er eine Liberalität erweist. Die Erklärung kann auch dadurch gegeben werden, daß man die Vermögenszuwendung als im Dienst eines andern in sich wirtschaftlich verständlichen Geschäfts stehend auffaßt.

---

22) Es scheidet aus der sog. objektive Rechtsgrund der ohne Rechtsgeschäft sich vollziehenden Vermögensschiebungen mithin auch die Frage nach dem zusammenfassenden Gesichtspunkt für alle Fälle der condictio sine causa (Jung contra Stammler).

23) Gegen diese Terminologie s. Stampe a. a. O. S. 400, der die Bezeichnung kausale Geschäfte nur auf die unselbständigen sog. Hilfsgeschäfte beziehen will, die zu dem Grundgeschäft, auf das sie sich beziehen, in normalem Verhältnis stehen.

Hier mündet nun die moderne Lehre ein, welche von einem Gegensatz zwischen sog. Grundgeschäften einerseits, Hilfsgeschäften oder Gliedgeschäften andererseits, ausgehen will [24]). Diese Unterscheidung hat, obwohl sie im einzelnen noch nicht vollständig durchgeführt ist, und manches einzelne noch zweifelhaft sein dürfte, doch schon m. E. zu einer erheblichen Förderung der Causalehre geführt. Es ist durch sie vollends klargestellt, daß speziell bei den sog. Gliedgeschäften oder Hilfsgeschäften eine besondere Causafrage auftaucht. Hier vollzieht sich die Isolierung einzelner Rechtswirkungen, die zur Frage nach einer causa und nach der Stellung des Gliedgeschäfts zu seiner causa Anlaß gibt. Es ist ferner, wie mir scheint, durch diese Lehre noch klarer als bisher hervorgehoben worden, daß sich unter dem Verkehrszweck, Rechtsgrund ꝛc. der herrschenden Meinung verschiedene Dinge verstecken [25]). Man denkt bei dem typischen

24) S. namentlich Wieland a. a. O. Stampe a. a. O. und Causaproblem. Anklänge an diese Unterscheidung finden sich auch anderwärts. Auch bei Huysinga, Schuld und Schuldursache, Amsterdam 1901, dürften sie vorliegen. — Selbstverständlich ist wohl, daß man den Begriff des Hilfsgeschäfts so weit fassen muß, daß er sich auch auf die Geschäfte, mittelst deren gesetzlich angeordnete Güterschiebungen vollzogen oder gesichert werden, miterstreckt.

25) Es wird wohl den meisten Rechtslehrern der Widerspruch aufgestoßen sein, der zwischen der herkömmlichen Darstellung der Causalehre im allgemeinen Teil und der Verwendung des Causabegriffs bei den abstrakten Verträgen des Obligationenrechts sich einzustellen pflegt. Im allgemeinen Teil, in dem meistens vom dinglichen Vertrag ausgegangen wird, bestimmt man üblicherweise die causa als Vorstellungen oder Abmachungen der Parteien über die Entgeltsfragen. Hier steht die Einteilung in causa solvendi, credendi u. donandi im Vordergrund, wenn auch die Bemerkung, daß dieselbe nicht erschöpfend sei oder sich reduzieren lasse, hinzugefügt werden mag. Im Obligationenrecht wird auf einmal das einer abstrakten Obligierung zugrund liegende Kaufgeschäft, Bürgschaftsgeschäft ꝛc. als die causa der Obligation bezeichnet. Die eigentliche causa solvendi pflegt ganz von der Bildfläche zu verschwinden. Statt ihrer ist höchstens von einer Beziehung auf eine causa praecedens im Gegensatz zur Beziehung auf einen durch die abstrakte Obligierung zu erreichenden Erfolg die Rede.

Verkehrszweck entweder an die Vorstellungen bezw. Abmachungen der Parteien über die spezielle Funktion des Hilfsgeschäfts, ob dasselbe zur Durchführung, zur Sicherung, zur Modifikation eines Grundgeschäfts oder einer Grundobligation dienen oder ein Stück des Grundgeschäfts in sich verkörpern soll [26]). Diese Vorstellung liegt zugrund, wenn man von einer causa solvendi spricht, der man etwa eine causa intercedendi, cavendi, novandi und vielleicht constituendi, keineswegs aber unmittelbar eine causa donandi oder credendi [27]) an die Seite stellen dürfte. Man denkt andererseits unmittelbar an das Grundgeschäft oder die Grundobligation, die Güterschiebung, zu deren Abwickelung das Hilfsgeschäft dienen soll. So wenn man das Darlehen, den Kauf, als die causa der Wechselobligation oder die Schenkung als causa der Eigentumsübertragung bezeichnet, oder eine grundgeschäftliche oder gesetzliche Obligation, z. B. die obligatio empti oder mandati, oder eine Schadensersatzpflicht als Verpflichtungsgrund oder Rechtsgrund eines Geschäfts hervorhebt.

Auf der andern Seite wird es freilich, mindestens zur Zeit, nicht angehen, in so radikaler Weise, wie Stampe will, die ganze bisherige Begriffsbildung über Bord zu werfen und schlechthin nur das sog. Grundgeschäft, die Parteifeststellung über Art und Objekt der gewollten grundlegenden Güterschiebung, oder entsprechend eine gesetzlich angeordnete Grundobligation, als causa zu bezeichnen [28]). Viel-

26) Dies wird der Fall sein, wenn der Grundgeschäftsverabredung keine selbständige rechtliche Existenz zukommt, die konsensuale Verabredung des Grundgeschäfts keine juristische Bindung erzeugt, zu letzterer vielmehr der Abschluß abstrakter und formaler Geschäfte erforderlich erscheint.

27) Diese Gegenüberstellung ist erst berechtigt, wenn man bei dem durch das abstrakte Hilfsgeschäft zustande gebrachten Grundgeschäft wieder nach der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit fragt.

28) S. Stampe, Zeitschr. f. Handelsrecht über causa und abstrakte Geschäfte II § 2. 1 (S. 387 ff.). Im Causaproblem S. 39

mehr gilt es, den Gründen der bisherigen Begriffsbildung noch etwas weiter nachzugehen, um so zu einem besseren Verständnis der verschiedenen Funktionen des Causabegriffs zu gelangen. Dabei ist zunächst zwischen dinglichen Geschäften und abstrakten Obligierungen zu scheiden [29].

Auf dem Gebiete der dinglichen, d. h. auf Begründung oder Uebertragung absoluter Rechte gerichteten [30], Rechtsgeschäfte, nach denen, wie Wieland richtig bemerkt, die Lehre von der causa zunächst orientiert wurde, führt die Untersuchung nach dem weiteren von den Parteien verfolgten Verkehrszweck unmittelbar zur Entgeltsfrage. Zunächst drängen sich der Beobachtung diejenigen dinglichen Verträge auf, die Ausführungsgeschäfte für irgend eine Art von grundgeschäftlicher oder gesetzlich angeordneter Güterschiebung sind. Man denkt in erster Linie an die Eigentumsübertragungen und schiebt die dinglichen Sicherungsgeschäfte, wie z. B. Pfandgeschäfte, vorderhand zur Seite. Bei der Eigentumsübertragung ergibt sich nun ganz von selbst die vom Standpunkt des Zuwendenden gestellte Frage, was erhält er dafür. Die nächstliegende Antwort auf diese Frage wird, wo ein Güterschiebungsgeschäft zugrund liegt, dadurch gegeben, daß man auf dieses Grundgeschäft zurückgeht und danach unterscheidet, ob es eine entgeltliche oder eine unentgeltliche Güterschiebung bezweckt. So käme man, wenn es gestattet ist, die Begriffe im weitesten Sinn zu nehmen, zu einer causa credendi und causa donandi. Da-

---

sagt Stampe selbst, bei der Aenderung der Causalehre in seinem Sinn handle es sich um eine Umgestaltung des Civilrechtssystems in großem Umfang.

29) Die Frage, ob es später einmal gelingen werde, eine einheitliche, beide Gebiete umspannende Causalehre zu begründen, soll ausdrücklich offen gelassen werden.

30) Der weitere Sprachgebrauch, nach welchem unter dem Begriff dingliches Rechtsgeschäft auch die Verfügung über Forderungsrechte subsumiert wird, bleibt bei Seite. Ebenso bleiben bei Seite die aufhebenden Rechtsgeschäfte.

bei kann allenfalls als besondere Unterart der causa credendi der Fall hervorgehoben werden, daß der Zuwendende dasjenige, was er erhalten will, von einem andern als dem Empfänger bekommt.

Diese Betrachtungsweise reicht nun freilich nicht aus, wo gesetzlich angeordnete Güterschiebungen, wie z. B. Schadensersatzpflichten, in Betracht kommen. Hier liegt der rechtfertigende Grund der Leistung eben in der gesetzlich angeordneten Verpflichtung. Man könnte also diese selbst, die gesetzliche Obligation, als die causa der Zuwendung bezeichnen. Indessen setzt hier eine weitere Begriffsbildung ein, die auch bei der Abwicklung geschäftlicher Güterschiebungen eine Rolle zu spielen vermag.

Soweit nämlich die grundgeschäftliche Abmachung selbständige juristische Existenz hat, sobald die konsensuale Abmachung Obligationen zu erzeugen vermag, ist es möglich, je nach dem Verhältnis des Ausführungsgeschäfts zum Grundgeschäft zu unterscheiden, ob das dingliche Geschäft sich auf ein vorausgegangenes oder doch als schon vorhanden supponiertes Grundgeschäft bezieht in der Weise, daß dadurch eine Grundgeschäftsobligation erfüllt wird, oder ob durch die Eigentumsübertragung erst ein Grundgeschäft ins Leben gerufen werden soll. Dadurch gelangt man zur causa solvendi, der man etwa eine causa constituendi [31]) gegenüberstellen könnte. Freilich ist diese Abgrenzung insofern eine fließende, als man überall, wo die konsensuale Verabredung einer Güterschiebung anerkannt ist, eine solche auch dann zugrunde legen kann, wenn die Güterschiebungsabsicht sich sofort in realen Vollzugsgeschäften äußert. So kann man auch beim sog. Baar- oder Real-Kauf logisch den Abschluß des Grundgeschäfts von den Vollzugsgeschäften scheiden, und die beiden Traditionen als solvendi causa erfolgt auffassen [32]). Nur wo man

31) S. auch Stampe, Causaproblem S. 31.

32) Alsdann wird es zweifelhaft, ob man die causa solvendi noch als

auf dem Boden des Realkontrakts steht, wo die obligationenrechtliche Bindung an eine Formvorschrift geknüpft ist, wie beim Schenkungsversprechen des modernen Rechts, oder wo bei Erwartung einer Gegenleistung eine obligationenrechtliche Bindung des Empfängers überhaupt nicht entwickelt wird, ist man genötigt oder doch in der Lage, bei der Vorstellung einer konstitutiven Wirkung des dinglichen Rechtsgeschäftsakts stehen zu bleiben. Weitere Komplikationen ergeben sich für die Durchführung dieser Einteilung, wo die Leistung unter Bezugnahme auf das Verhältnis der Parteien zu einer dritten Person erfolgt, wie bei der Zahlung auf Anweisung oder der Leistung condicionis implendae causa. Hier kann das Verhältnis so liegen, daß nach der einen Seite hin eine causa solvendi nach der andern Seite eine Konstitutiv-causa (z. B. Perfektion einer Schenkung) vorliegt. Alsdann fragt es sich, was man als die causa der Zuwendung bezeichnen, ob man eine neue selbständige causa oder eine Art von causa mixta annehmen oder etwa lediglich von der Beziehung des Zuwendenden zu einem der beiden Teile ausgehen soll.

Die bekannte gemeinrechtliche Doktrin nun mit ihrer Gegenüberstellung der causa solvendi credendi und donandi [33]) verband die im bisherigen geschilderten Betrachtungsweisen. Sie stellte der causa solvendi, innerhalb deren nicht weiter unterschieden wurde, ob eine gesetzliche Verpflichtung, ein entgeltliches oder unentgeltliches Geschäft zu erfüllen war, sofort die beiden Hauptfälle der causa constituendi gegenüber. Dabei erschien die causa solvendi als eine eigenartige Regelung der Entgeltsfrage. Der vom Zuwendenden erwartete Entgelt sollte hier eben in der Obligationsbefreiung bestehen. Neben der causa solvendi cre-

---

Bezugnahme auf ein vorausgegangenes obligatorisches Geschäft auffassen darf.

33) Daß dieselbe so gänzlich verlassen sei, wie Stampe Causaproblem S. 39 annimmt, ist nicht richtig. Den Ausgangspunkt bildet sie noch vielfach.

dendi und donandi hat man dann vielfach, um über einige unbequemen weiteren Fälle wegzukommen, noch Hilfskategorien, wie die causa condicionis implendae oder die causa dotis gestellt[34]), oder es wurden noch Mischkategorien angenommen[35]). Im Fall der Assignationszahlung verschloß man sich der Erkenntnis nicht, daß hier eine Beziehung des Ausführungshilfsgeschäfts zu zwei Grundgeschäften vorlag. Man pflegte die beiderlei Beziehungen getrennt zu betrachten, und auf jeder Seite wieder zwischen der causa donandi, credendi und solvendi zu unterscheiden. Eine causa der Assignationszahlung als solcher wird wohl nicht genannt. Vielleicht könnte man jedoch im Sinn der gemeinrechtlichen Doktrin auch hier von einer causa mixta reden.

Mit dieser Einteilung konnte man, so mangelhaft ihre logische Gliederung ist, für die dinglichen Verträge praktisch auskommen. Denn man stellte die Frage nach der causa nur von dem Gesichtspunkte aus, ob und in welcher Weise das dingliche Geschäft bei Dissens über jenen nächsten Geschäftszweck, oder bei Unerlaubtheit oder Unerreichbarkeit desselben zu annullieren oder rückgängig zu machen sei. Auf die weitere Gliederung der Grundgeschäfte, namentlich nach deren Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit, brauchte man sich nicht einzulassen, so lange man bei dieser Fragestellung stehen blieb. Erst wenn man noch andere Fragen, wie z. B. die Frage nach der Haftung aus dem Erfüllungsgeschäft, insbesondere die Eviktionshaftung, mit in den Kreis der Betrachtung zieht, wie dies Stampe tut, muß man auch bei den solutionis causa erfolgenden Zuwendungen zu einer Unterscheidung

---

34) Ob diese Kategorien erforderlich sind, braucht hier nicht untersucht zu werden (s. darüber, freilich nicht abschließend, Jung, die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes § 13 u. 14).

35) Einen Versuch einer durchgehenden Einteilung s. namentlich bei Bekker Pand. II S. 148. 149.

je nach dem Charakter des Grundgeschäfts, das erfüllt werden soll, kommen. Es muß dann in Beziehung auf das Grundgeschäft geprüft werden, welche spezielle Güterschiebungsart vorlag [36]).

Auch mit den Assignationszahlungen wußte sich diese Causalehre noch in erträglicher Weise abzufinden. Für die Frage nach Giltigkeit und Bestand der also erfolgten Tradition genügt die Vorstellung von dem doppelten Fundament dieser Zahlungen im Deckungs- und Valutenverhältnis, mochte man dieselbe des Näheren ausbauen, wie man wollte.

Auf besonderem Boden innerhalb der dinglichen Rechtsgeschäfte steht nun aber vor allem die Verpfändung, die bei den Ausführungen über die causa und bei der Unterscheidung der abstrakten und kausalen Geschäfte meistens ganz in der Versenkung zu verschwinden pflegt. Sie ist nicht Ausführungs- sondern Sicherungsgeschäft. Deshalb wird für sie die Frage nach der Entgeltsbestimmung gar nicht selbständig aufgeworfen. Die Verpfändung wird bestimmt durch den Hinweis auf das zu sichernde Grundgeschäft oder die zu sichernde Grundobligation. Zwar kann hier auch noch von einer causa solvendi die Rede sein, wenn nämlich eine Obligation zur Verpfändung vorausgegangen war. In diesem Fall wird auch eine Anfechtung der Pigneration mittelst einer condictio indebiti statthaft sein. Allein die causa credendi und donandi fallen aus. Sieht man genauer zu, so ist man gar nicht genötigt, nach einer besonderen causa des

36) S. Stampe das Causaproblem S. 32. Es ist ihm zweifellos darin zuzustimmen, daß man lediglich durch die weitere Verfolgung des Gedankens, eine auf Grund der causa solvendi erfolgende Zuwendung sei ein entgeltliches Geschäft, zu der an sich fehlerhaften Regulierung des § 365 gelangte. Es fragt sich nur, ob das Gesetz nicht durch die §§ 157 u. 242 das Mittel bietet, die Verkäuferhaftung eines Schenkers, der für die eine geschenkte Sache eine andere gibt, zu umgehen. — Es fragt sich ferner, ob die Richtigstellung derartiger Fehler in der Tat eine fundamentale Umgestaltung der Causalehre bei den dinglichen Geschäften voraussetzt.

Verpfändungsgeschäfts zu fragen, da dasselbe ja den ihm wesentlichen Sicherungszweck deutlich an der Stirn trägt. Die Verpfändung kann man selbst als ein kausales Geschäft auffassen. Die Frage, ob und inwieweit das dingliche Geschäft von dem Bestand der zu sichernden Forderung abhängig ist, wird nicht in Zusammenhang mit der Causalehre gebracht, sondern als Frage nach der accessorischen Natur des Pfandrechts behandelt. Diese Auffassung der Verpfändung als eines kausalen Geschäfts wurde auch dann noch beibehalten, als die verschiedensten Durchbrechungen des sog. accessorischen Prinzips sich entwickelt hatten [37]).

Das Pfandgeschäft führt uns hinüber zu den Obligationsbegründungen, die als Hilfsgeschäfte für eine bestimmte Güterschiebung in Betracht kommen. Hier kommt es nun zweifellos vor, daß die Grundgeschäfte selbst oder gewisse von Haus aus zugrund liegende Obligationen als causa Rechtsgrund oder Verpflichtungsgrund für das Hilfsgeschäft oder die Hilfsgeschäftsobligation bezeichnet werden. Zwar geschieht dies wiederum nicht bei denjenigen Hilfsgeschäften, die ihre Gliedstellung und Funktion deklarieren, in der Weise auf ein bestimmtes Grundgeschäft Bezug nehmen, daß die durch sie begründete Obligation in Abhängigkeit von der Grundgeschäftsobligation bleibt. Das Darlehen wird nicht als causa der Bürgschaft, die Darlehensobligation nicht als Rechtsgrund der Bürgschaftsobligation bezeichnet. Ebensowenig wird man die causa eines Schuldabänderungsvertrages oder einer abgeänderten Obligation in dem ursprünglichen Vertrag oder der Grundobligation suchen. Diese Geschäfte gelten als kausale,

---

37) Eine Prüfung der Frage, inwieweit diese Vorstellung auch noch bei der Grundschuld zutrifft, ob nicht bei dieser der Gedanke der Reallastbestellung, die ihrerseits wieder solvendi credendi oder donandi causa erfolgen können, vorwiegt, würde hier zu weit führen. Ebenso scheidet die eine ähnliche Struktur aufweisende Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts von der Betrachtung aus.

ebenso wie die Grundgeschäfte, und können, wie diese, ihrerseits als causae abstrakter Obligierungen in Betracht kommen. So kann z. B. eine Bürgschaft die causa einer abstrakten Obligierung sein, wenn der Bürge einen Schuldschein ausstellt, in dem er anerkennt, dem Gläubiger 1000 M. schuldig zu sein [38]). Vielmehr spielt dieser Causabegriff nur da eine Rolle, wo bei einem Hilfsgeschäft keine derartige Bezugnahme erfolgt, wie bei den Obligationen der §§ 780, 781 BGB., bei Ausstellung eines Wechsels und in einigen anderen Fällen.

Prüft man die Gedankenentwicklung, die zu der geschilderten Begriffsbildung geführt hat, so wird man auf folgende Erwägungen stoßen.

Die obligationenrechtlichen Hilfsgeschäfte sind keine Ausführungsgeschäfte, sondern sie haben immer nur die Bedeutung, irgendwie die Durchführung des Grundgeschäfts, zu dem sie in Beziehung treten, oder einer Grundobligation zu sichern, zu erleichtern oder zu modifizieren [39]). Bei ihnen wird daher die Frage nach der Entgeltsbestimmung gar nicht aufgeworfen. Sie erhalten ihre Erklärung aus der Beziehung zu der Grundobligation, zu der sie hinzutreten. Durch die Bezugnahme auf ein bestimmtes Grundgeschäft oder eine Grundobligation und die Angabe einer bestimmten Hilfsfunktion erscheint uns jedes obligatorische Geschäft, auch dasjenige, das nur eine einseitige Obligation hervorbringt, genügend erklärt. Eine Obligation auf Zahlung von 1000 ist mir in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung völlig klargelegt, wenn ich weiß, daß dadurch die Rückzahlung eines Darlehens entsprechenden Betrags gesichert werden soll. Deshalb sucht

38) So doch wohl nach allgemein üblichem Sprachgebrauch. Dagegen Stampe a. a. O., der nur das Grundgeschäft als causa gelten lassen will.

39) Von den vorbereitenden Hilfsgeschäften können wir in diesem Zusammenhang absehen.

man bei der Bürgschaft nicht nach einer weiteren causa, sondern bezeichnet sie als ein kausales (wenn auch nicht Güterschiebungs-, sondern Hilfs-)Geschäft. Deshalb ist bei einem indiskret gefaßten Schuldschein der „Geschäftszweck" klargestellt, wenn man sieht, daß er die Einklagung eines Kaufgeldrests, eines Darlehens, einer Schadensersatzschuld rc. erleichtern soll.

Was liegt nun näher, als bei denjenigen obligatorischen Hilfsgeschäften, bei denen sich die Beziehung auf ein Grundgeschäft oder eine Grundobligation nicht aus dem Inhalt unmittelbar ergibt, eben jene Beziehung als die causa zu bezeichnen. In abgekürzter Redeweise wird alsdann, indem man die Hilfsgeschäftsfunktion als bekannt voraussetzt, Grundgeschäft oder Grundobligation allein als causa, Rechtsgrund oder Verpflichtungsgrund genannt.

Die weitere Verfolgung dieses Gedankens führt dazu, diejenigen Hilfsgeschäfte, die ihre Erklärung in sich selbst tragen, wiederum als Rechtsgrund für ein sich daran anschließendes weiteres Hilfsgeschäft, bei dem das nicht der Fall, aufzufassen, also z. B. eine Bürgschaft, einen Feststellungsvertrag als die causa eines indiskreten Versprechens oder eines Wechselakts zu bezeichnen [40]).

Von dieser Basis aus werden Fragen wie folgende gestellt: Sind obligatorische Verpflichtungen, welche die causa nicht oder nur unbestimmt nennen, bindend? welcher Form bedürfen sie? Wie wirkt die Ungültigkeit oder Mangelhaftigkeit des Grundgeschäfts, das Nichtvorliegen der supponierten Obligation auf die Hilfsgeschäftsverpflichtung ein?

Von dem Standpunkt der im bisherigen beschriebenen Begriffsbildung aus wird bei Sicherung von Geschäfts-

40) Im folgenden sollen, wenn von Grundgeschäft und Grundobligation die Rede ist, diese kausalen Hilfsgeschäfte und die aus ihnen entstehenden Obligationen miteinbezogen sein.

obligationen kein Unterschied zu machen sein, je nachdem das Grundgeschäft vor Abschluß der Hilfsobligierung perfekt vorlag, oder gleichzeitig mit derselben zustande kommen sollte. Die Vorstellung, daß durch das obligatorische Hilfsgeschäft ein Grundgeschäft gesichert werde, ist sogar dann möglich, wenn gar kein selbständig klagbares Grundgeschäft zustand kommt, sondern die unterliegende kausale Verabredung nur durch das Mittel der selbständigen Obligierung wirkt. Auch darauf wird, wenn man diese Auffassung durchführen will, kein Wert zu legen sein, ob die im Hinblick auf eine schon vorliegende Grundgeschäftsobligation erfolgende Obligierung diese letztere absorbiert oder ob sie neben sie tritt, mit andern Worten ob die Neuobligierung novatorischen oder accessorischen Charakter hat. Auch im sog. Novationsfall kann das Grundgeschäft bezw. die Grundgeschäftsobligation noch als causa der neuen Verpflichtung angesehen werden.

Mit der dargelegten Betrachtungsweise und Begriffsbildung kreuzt sich nun aber eine andere, die freilich nicht immer in deutlichen Gegensatz zu ihr tritt und auch ihrerseits nicht immer klar durchgeführt ist. Man stellt vielfach die Fälle, in denen ein obligatorisches Versprechen — man denkt dabei allerdings von Haus aus nur an die sog. abstrakten Versprechen im oben beschriebenen Sinn — die Durchführung einer vorhandenen Schuld bezweckt, in Gegensatz zu den Fällen, in denen (trotz etwaiger Bezugnahme auf eine vorhandene Schuld) die Begründung eines materiell neuen Forderungsrechts beabsichtigt ist [41]). So gelangt man bei der ersten

41) So sprechen z. B. die Motive II 693 Abs. 2 a. E. im Anschluß an den § 684 Abs. 2 des dritten Entwurfs von Fällen, in denen der Versprechende nur die Erfüllung einer vorausgesetzten Verbindlichkeit versprechen will. Planck-André zu § 780 Z. 2 stellt die Fälle, in denen die Leistung ohne Rechtsgrund (worunter offenbar das gültige Grundgeschäft zu verstehen) erfolgt ist, den andern gegenüber, in denen der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist. Oertmann Vorbemerkungen zu § 780—782 scheidet zunächst den Grund des neuen

Gruppe von Fällen zu einer Art causa solvendi, während bei der zweiten Gruppe eine causa constituendi anzuerkennen wäre, innerhalb deren nun die causa donandi neben Vergleichs-, Feststellungs- und andern causae auftaucht. Bei den quasi ex causa solvendi abgegebenen Versprechen wird dann von einigen, wie z. B. von Planck-André, das zugrund liegende Kausalgeschäft, das erfüllt werden soll, als der „Rechtsgrund" oder die causa bezeichnet, während in den übrigen Fällen die causa anderweit bestimmt werden muß. Diese Begriffsbildung scheint in dem Wortlaut des BGB. in den Paragraphen 814 und 815 einen unmittelbaren Anhalt zu haben, in denen ja auch, soweit man sie auf die abstrakten Versprechen mitbeziehen darf, Versprechen zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit und Versprechen zum Zweck der Herbeiführung eines Erfolges unterschieden werden. Man gelangt zu ihr, wenn man die bei der Eingehung solcher Obligationen gleichzeitig abgeschlossenen Kausalgeschäfte von der ersteren nicht trennt, sondern die Obligierung und das Kausalgeschäft als ein einheitliches Geschäft, das man als selbständiges oder abstraktes zu bezeichnen pflegt, zusammenfaßt [42]. Bei der Handhabung dieser Begriffsbil-

abstrakten Versprechens von dem alten anerkannten Schuldgrund, und stellt innerhalb des neuen Grunds Schenkung, Vergleich, entgeltliches Geschäft wie Kauf oder Tausch und „Tilgung einer Schuld" (?) einander gegenüber. Zu 781 bemerkt er dann, es sei die Möglichkeit anzuerkennen, daß der Putativschuldner in dem Anerkennungsakt lediglich die Erfüllung einer als gewiß vorausgesetzten Verbindlichkeit verspreche, und die Anerkennung gewissermaßen schon als einen antizipierten Erfüllungsakt (?) abgebe. Auch Crome geht von einer solchen Gegenüberstellung aus, wenn er in § 306 das auf Wahrheit beruhende Anerkenntnis dem Versprechen und dem nicht auf Wahrheit beruhenden Anerkenntnis gegenüberstellen will. v. Tuhr a. a. O. S. 3 stellt fest, daß das abstrakte Versprechen verschiedene causae, z. B. die causa donandi oder die causa ein Entgelt zu erhalten, haben könne.

42) In diesem Fall kann man bei Hinfälligkeit der kausalen Seite, also bei Nichterreichung des Schenkungszwecks oder Unwirksamkeit des Feststellungsvertrags mit den Motiven II 693 sagen, die Vor-

dung in der Literatur bleibt noch manches unklar, so z. B. die Frage, wie weit mit der Vorstellung der konstitutiven causa operiert werden soll, ob nur in den Fällen, in denen nicht von einem formlosen konsensualen Abschluß eines selbständigen klagbaren Kausalgeschäfts die Rede sein kann (also z. B. bei Schenkung oder nichtvergleichsmäßiger Feststellung), oder in allen Fällen, in denen bei gleichzeitig getroffener Kausalvereinbarung die äußere Form eines abstrakten Versprechens von den Parteien zugrunde gelegt wird [43]). Ebensowenig ist die Begriffsbildung nach andern Richtungen hin geklärt, z. B. in der Richtung, welche causae denn jeweils für die neu zu begründenden Obligationen in Betracht kommen. Mit der causa donandi und credendi wird man doch keinesfalls ausreichen. Jedenfalls müßten Interzessions- und Feststellungs-causae anerkannt werden.

Will man nun innerhalb dieser hin- und herwogenden Begriffsbildungen festen Boden gewinnen, so ist zunächst einmal unabhängig davon, welche der einander gegenübergestellten Vorstellungsreihen auf die Normierung des BGB. Einfluß gehabt haben mag, die Frage dahin zu stellen, ob die eine oder andere Begriffsbildung mehr Vorteile für die Systematik verspricht. Diese ist dann zunächst für die weitere Darstellung zugrund zu legen.

Da wird denn wohl als Ausgangspunkt festzuhalten

---

aussetzungen der condictio sei in Bez. auf das Versprechen selbst gegeben, während man bei den Versprechen, die die Erfüllung einer Verbindlichkeit bezwecken, bei Nichtbestehen dieser Verbindlichkeit davon reden mag, daß die Kondizierbarkeit in Ansehung der versprochenen Leistung oder der anerkannten Verbindlichkeit vorgelegen habe.

43) So nehmen beispielsweise Oertmann und v. Tuhr, wie bei letzteren sich aus S. 12 N. 1 a. a. O. ergibt, die Fälle des Vergleichs und sogar des Kaufs und Tauschs mit auf. Es soll also ein credendi causa abgegebenes abstraktes Versprechen vorliegen, wenn auf Grund der Abmachung, daß A 100 zahlen und die Ware von B dafür bekommen solle, anerkannt wird, daß A dem B 100 schuldig sei.

sein, daß die obligatorischen Hilfsgeschäfte zu erklären sind durch Aufweisung ihrer spezifischen Hilfsgeschäftsfunktion und Angabe der Grundobligation, zu der sie in Beziehung treten. Das Bedürfnis einer solchen Erklärung durch den Geschäftszweck tritt bei denjenigen Hilfsgeschäften hervor, bei denen entweder die Parteivereinbarung die beabsichtigte Hilfsgeschäftsfunktion oder das Objekt derselben, die Grundobligation, nicht erkennen läßt, oder wo die Rechtsordnung dem Geschäft irgend eine selbständige, von der Erreichbarkeit jenes Zwecks oder dem Bestand der in Bezug genommenen Grundobligation unabhängige, Wirkung beilegt. In diesem Fall spricht man von abstrakten Obligierungen. Prüfen wir nun die in Betracht kommenden Hilfsgeschäftsfunktionen, so dürfte vor allem klar sein, daß die Funktion obligatorischer Geschäfte niemals in der Erfüllung einer als geschuldet supponierten Leistung bestehen kann. Das obligatorische Geschäft vermag (abgesehen von dem Fall, daß eine Obligation gerade auf Abschluß des betreffenden obligatorischen Geschäfts geht) nicht zu erfüllen, sondern nur die Erfüllung zu sichern oder deren Erzwingung zu erleichtern. Die causa solvendi hätte also, wenigstens vorläufig, auszuscheiden. Es wird aber auch noch weiter festzuhalten sein, daß ein obligatorisches Hilfsgeschäft nicht eine materiell neue Grundobligation zu schaffen vermag. Faßt man also die sog. abstrakten Obligierungen als Hilfsgeschäfte auf, und das ist vom Standpunkt der modernen Rechtsentwicklnng aus notwendig [44], so müssen dieselben sich immer auf irgendwelche materiellen, wenn auch vielleicht naturalen, Obligationen, beziehen. Die Obligation kann nicht selbst donandi, credendi oder permutandi causa begründet werden. Sie setzt vielmehr auch in den Fällen, in denen die abstrakte Obligierung mit dem Abschluß des Kausalgeschäfts zusammenfällt, eine kausale

44) Ueber die geschichtliche Entwicklung s. Stampe, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 45 S. 387 ff.

Verabredung voraus, zu der sie, in irgend welcher Weise die Durchführung sichernd, erleichternd oder modifizierend, hinzutritt [45]).

So sollte denn als causa oder Rechtsgrund eines obligatorischen Hilfsgeschäfts immer nur die Sicherung, Erleichterung oder Modifikation der Durchführung einer bestimmten Grundobligation, die freilich ihrerseits nicht selbständig klagbar zu sein braucht, bezeichnet werden.

Nun können allerdings diese Sicherungsfunktionen noch verschiedener Art sein. Der einfachste Fall liegt vor, wenn lediglich die Einklagung einer an sich schon klagbaren Obligation erleichtert werden soll. Es sind das die Fälle, in denen man bisher überwiegend unter Voraussetzung der Klagerleichterungsfunktion die Grundobligation als den Rechtsgrund der abstrakten Obligierung zu bezeichnen pflegte [46]). Exakterweise wäre hier der Klagerleichterungszweck in Beziehung auf die Grundobligation als die causa des Versprechens zu nennen. Kann dieser Klagerleichterungszweck nicht erreicht werden, weil die vorausgesetzte Grundobligation nicht besteht, so ist die Möglichkeit der Anfechtung der Hilfsgeschäftsobligation vermittelst der condictio sine causa gegeben, sofern nicht dem Causamangel ein noch stärkerer Einfluß auf den Bestand des Geschäfts eingeräumt wird. Gleichgiltig ist dabei, ob, was selten genug vorkommen wird, abgemacht ist, daß nur auf Grund der neugeschaffenen Obligation soll geklagt werden dürfen, oder ob der gewöhnliche Fall der accessorischen Obligierung vorliegt.

---

45) Die Güterschiebungsverabredung, auf die sich das Obligierungsgeschäft bezieht, braucht also nicht „causa praecedens“ zu sein. Mit diesem Begriff operiert Leonhardt (allg. Teil S. 265), in welchem Sinn und zu welchem Zweck wird allerdings aus den wenigen kurzen Bemerkungen nicht recht klar.

46) In diesen Fällen wurde auch die quasi causa solvendi zu Grund gelegt und von einem Versprechen oder Anerkenntnis einer als gewiß vorausgesetzten Verbindlichkeit gesprochen.

Schwieriger ist die Sachlage, wenn die Durchführung einer Obligation durch irgendwelche Feststellungen, Ausschaltung von Bestreitungsmöglichkeiten ꝛc., gesichert werden soll. Hier ist die Möglichkeit einer doppelten Betrachtungsweise gegeben. Einmal kann man die zu solchem Zweck eingegangene Obligation lediglich von dem Gesichtspunkt der Sicherung der Grundobligation aus auffassen. Dann wird man sie unter Loslösung aus dem Zusammenhang des Feststellungsgeschäfts ähnlich wie die Klagerleichterungsobligation als abstrakte oder selbständige betrachten und die causa in dem Sicherungs- oder Feststellungszweck in Beziehung auf die Grundobligation erblicken. Dies wird konsequent weiterverfolgt zu der Vorstellung führen, daß bei Nichterreichung des Feststellungszwecks, die bei den Feststellungsgeschäften i. e. S. allerdings nicht in dem Fehlen der Grundobligation sondern nur in einem Mangel des Feststellungsgeschäfts selbst ihre Ursache haben kann, die abstrakte Obligation mit der condictio sine causa anzugreifen wäre[47]. Andererseits ist es aber auch möglich, unter Verzicht auf jene Isolierung in dem Feststellungsgeschäft ein kausales Hilfsgeschäft zu sehen, das eine neue materielle Obligation hervorzubringen vermag. Tritt dann zu dem kausalen Geschäft eine auf dasselbe äußerlich keinen Bezug nehmende Obligierung hinzu, so ist deren causa nur der Klagerleichterungszweck in Beziehung auf die durch das Kausalgeschäft neugeschaffene Obligation, oder, in abgekürzter Redeweise, diese neubegründete Obligation selbst. Bei dieser Auffassung würde die Ungiltigkeit des Feststellungsgeschäfts direkt zur Ungiltigkeit der neugeschaffenen materiellen Obligation führen und die condictio sine causa wäre nur zur Umstoßung der etwa zu dieser hinzutretenden abstrakten Obligation heranzuziehen. Das erstere dürfte, wie wir sehen werden, der

47) Nicht ausgeschlossen ist dadurch, daß gewisse Mängel des Feststellungsgeschäfts zur Nichtigkeit der abstrakten Schuld führen.

Standpunkt des BGB. sein, aus dem sich jedenfalls die Ausdrucksweise (§ 782) vielleicht auch (das wird zu untersuchen sein) die nähere Ausgestaltung einzelner positiver Normierungen erklären läßt. Die zweite Auffassung ist die systematisch näher liegende und wohl auch für die Betrachtung de lege ferenda fruchtbarere.

Eine noch kompliziertere Situation ist bei den Verpflichtungen gegeben, die zur Abwicklung von Beziehungen der beiden Parteien zu einem Dritten eingegangen werden [48]). Findet hier eine Bezugnahme auf das eine oder andere Rechtsverhältnis statt wie beim Schuldübernahme- oder Forderungsüberweisungsversprechen, so ist es das Näherliegende [49]), und zwar entspricht das auch der überwiegenden Auffassung, das Versprechen als kausales Hilfsgeschäft gelten zu lassen. Ein etwaiger neben einem solchen Rechtsgeschäft hergehender abstrakter Obligierungsakt bezweckt dann nur die Klagerleichterung bez. der durch das kausale Hilfsgeschäft begründeten Obligation. Soll dagegen von den beiderlei Beziehungen abstrahiert werden wie beim reinen Anweisungsversprechen, so stehen zwei Konstruktionsmöglichkeiten nebeneinander. Entweder: man sieht in dem Versprechen ein eigenartiges abstraktes Hilfsgeschäft, das zu zwei Grundverhältnissen hinzutritt und die abgekürzte Durchführung beider bewerkstelligen soll, das aber gerade wegen seiner doppelseitigen Funktion nicht von den Schädlichkeiten des einen oder andern Verhältnisses berührt wird. Als causa des abstrakten Geschäfts erscheint der Zweck des Zahlungsaustauschs in Beziehung auf zwei gegebene Grundverhältnisse. Die

---

48) Man denke in erster Linie an die verschiedenen Fälle des Delegationsversprechens. Aehnliche Erscheinungen ergeben sich aber auch beim Versprechen condicionis implendae causa, das nur, wenn man es von diesem Gesichtswinkel aus betrachtet, in der richtigen Beleuchtung erscheint.

49) Die Möglichkeit einer andern Auffassung ist nicht ganz von der Hand zu weisen.

condictio sine causa gegenüber der neugeschaffenen abstrakten Obligation wird möglich und notwendig, sobald der Zahlungsaustauschzweck, z. B. wegen Fehlens oder Mangelhaftigkeit der beiderseitigen Beziehungen (s. v. Tuhr, Jhs. Jahrb. 48 S. 50 ff.), nicht erreicht werden kann. Oder: man nimmt ein kausales Zahlungsaustauschgeschäft an, zu dem seinerseits wieder eine abstrakte Obligation zum Zweck der Klagerleichterung hinzutreten kann. Gegen diese letztere wäre alsdann bei Nichtzustandekommen der materiell individualisiert gedachten Zahlungsaustauschobligation wiederum die condictio sine causa zur Anwendung zu bringen. Auch hier nimmt, wie noch zu zeigen sein wird, das BGB. den zuerst erwähnten Standpunkt ein.

Obwohl wir bei unserer bisherigen Darstellung der Causalehre des Obligationenrechts die causa solvendi ausgeschieden haben, darf doch der zwar seltene aber immerhin mögliche Fall, daß ein Versprechen auf Grund einer causa solvendi abgegeben wird, nicht ganz außer Ansatz bleiben. Es kann jemand ein obligatorisches Hilfsgeschäft abschließen im Glauben, gerade dazu verpflichtet zu sein [50]). Hier müssen in der Tat die gewöhnlichen Grundsätze der causa solutionis, wie sie in Beziehung auf die dinglichen Rechtsgeschäfte entwickelt zu werden pflegen, ihre Anwendung finden. Das Versprechen wird also mit der condictio indebiti, unter deren Voraussetzungen, angefochten werden können.

Ein entsprechender Fall der condictio ob causam datorum darf dagegen nicht anerkannt werden. Denn setzt man den Fall einer abstrakten Obligierung mit Rücksicht auf eine vorausgesetzte nicht ihrerseits einklagbare Gegenleistung, so liegt nach der Auffassung, von der wir ausgegangen sind, dieser Obligierung immer eine irgendwie bedingte materielle Obligation zugrund, und die Anfechtung des abstrakten Versprechens wird sich daher stets auf der

50) Der Fall wird auch in den Motiven (II 693) erwähnt.

ebenso wie die Grundgeschäfte, und können, wie diese, ihrerseits als causae abstrakter Obligierungen in Betracht kommen. So kann z. B. eine Bürgschaft die causa einer abstrakten Obligierung sein, wenn der Bürge einen Schuldschein ausstellt, in dem er anerkennt, dem Gläubiger 1000 M. schuldig zu sein [38]). Vielmehr spielt dieser Causabegriff nur da eine Rolle, wo bei einem Hilfsgeschäft keine derartige Bezugnahme erfolgt, wie bei den Obligationen der §§ 780, 781 BGB., bei Ausstellung eines Wechsels und in einigen anderen Fällen.

Prüft man die Gedankenentwicklung, die zu der geschilderten Begriffsbildung geführt hat, so wird man auf folgende Erwägungen stoßen.

Die obligationenrechtlichen Hilfsgeschäfte sind keine Ausführungsgeschäfte, sondern sie haben immer nur die Bedeutung, irgendwie die Durchführung des Grundgeschäfts, zu dem sie in Beziehung treten, oder einer Grundobligation zu sichern, zu erleichtern oder zu modifizieren [39]). Bei ihnen wird daher die Frage nach der Entgeltsbestimmung gar nicht aufgeworfen. Sie erhalten ihre Erklärung aus der Beziehung zu der Grundobligation, zu der sie hinzutreten. Durch die Bezugnahme auf ein bestimmtes Grundgeschäft oder eine Grundobligation und die Angabe einer bestimmten Hilfsfunktion erscheint uns jedes obligatorische Geschäft, auch dasjenige, das nur eine einseitige Obligation hervorbringt, genügend erklärt. Eine Obligation auf Zahlung von 1000 ist mir in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung völlig klargelegt, wenn ich weiß, daß dadurch die Rückzahlung eines Darlehens entsprechenden Betrags gesichert werden soll. Deshalb sucht

38) So doch wohl nach allgemein üblichem Sprachgebrauch. Dagegen Stampe a. a. O., der nur das Grundgeschäft als causa gelten lassen will.

39) Von den vorbereitenden Hilfsgeschäften können wir in diesem Zusammenhang absehen.

man bei der Bürgschaft nicht nach einer weiteren causa, sondern bezeichnet sie als ein kausales (wenn auch nicht Güterschiebungs-, sondern Hilfs-)Geschäft. Deshalb ist bei einem indiskret gefaßten Schuldschein der „Geschäftszweck" klargestellt, wenn man sieht, daß er die Einklagung eines Kaufgeldrests, eines Darlehens, einer Schadensersatzschuld ꝛc. erleichtern soll.

Was liegt nun näher, als bei denjenigen obligatorischen Hilfsgeschäften, bei denen sich die Beziehung auf ein Grundgeschäft oder eine Grundobligation nicht aus dem Inhalt unmittelbar ergibt, eben jene Beziehung als die causa zu bezeichnen. In abgekürzter Redeweise wird alsdann, indem man die Hilfsgeschäftsfunktion als bekannt voraussetzt, Grundgeschäft oder Grundobligation allein als causa, Rechtsgrund oder Verpflichtungsgrund genannt.

Die weitere Verfolgung dieses Gedankens führt dazu, diejenigen Hilfsgeschäfte, die ihre Erklärung in sich selbst tragen, wiederum als Rechtsgrund für ein sich daran anschließendes weiteres Hilfsgeschäft, bei dem das nicht der Fall, aufzufassen, also z. B. eine Bürgschaft, einen Feststellungsvertrag als die causa eines indiskreten Versprechens oder eines Wechselakts zu bezeichnen [40]).

Von dieser Basis aus werden Fragen wie folgende gestellt: Sind obligatorische Verpflichtungen, welche die causa nicht oder nur unbestimmt nennen, bindend? welcher Form bedürfen sie? Wie wirkt die Ungültigkeit oder Mangelhaftigkeit des Grundgeschäfts, das Nichtvorliegen der supponierten Obligation auf die Hilfsgeschäftsverpflichtung ein?

Von dem Standpunkt der im bisherigen beschriebenen Begriffsbildung aus wird bei Sicherung von Geschäfts-

40) Im folgenden sollen, wenn von Grundgeschäft und Grundobligation die Rede ist, diese kausalen Hilfsgeschäfte und die aus ihnen entstehenden Obligationen miteinbezogen sein.

obligationen kein Unterschied zu machen sein, je nachdem das Grundgeschäft vor Abschluß der Hilfsobligierung perfekt vorlag, oder gleichzeitig mit derselben zustande kommen sollte. Die Vorstellung, daß durch das obligatorische Hilfsgeschäft ein Grundgeschäft gesichert werde, ist sogar dann möglich, wenn gar kein selbständig klagbares Grundgeschäft zustand kommt, sondern die unterliegende kausale Verabredung nur durch das Mittel der selbständigen Obligierung wirkt. Auch darauf wird, wenn man diese Auffassung durchführen will, kein Wert zu legen sein, ob die im Hinblick auf eine schon vorliegende Grundgeschäftsobligation erfolgende Obligierung diese letztere absorbiert oder ob sie neben sie tritt, mit andern Worten ob die Neuobligierung novatorischen oder accessorischen Charakter hat. Auch im sog. Novationsfall kann das Grundgeschäft bezw. die Grundgeschäftsobligation noch als causa der neuen Verpflichtung angesehen werden.

Mit der dargelegten Betrachtungsweise und Begriffsbildung kreuzt sich nun aber eine andere, die freilich nicht immer in deutlichen Gegensatz zu ihr tritt und auch ihrerseits nicht immer klar durchgeführt ist. Man stellt vielfach die Fälle, in denen ein obligatorisches Versprechen — man denkt dabei allerdings von Haus aus nur an die sog. abstrakten Versprechen im oben beschriebenen Sinn — die Durchführung einer vorhandenen Schuld bezweckt, in Gegensatz zu den Fällen, in denen (trotz etwaiger Bezugnahme auf eine vorhandene Schuld) die Begründung eines materiell neuen Forderungsrechts beabsichtigt ist [41]). So gelangt man bei der ersten

41) So sprechen z. B. die Motive II 693 Abs. 2 a. E. im Anschluß an den § 684 Abs. 2 des dritten Entwurfs von Fällen, in denen der Versprechende nur die Erfüllung einer vorausgesetzten Verbindlichkeit versprechen will. Planck-André zu § 780 Z. 2 stellt die Fälle, in denen die Leistung ohne Rechtsgrund (worunter offenbar das gültige Grundgeschäft zu verstehen) erfolgt ist, den andern gegenüber, in denen der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist. Oertmann Vorbemerkungen zu § 780—782 scheidet zunächst den Grund des neuen

Gruppe von Fällen zu einer Art causa solvendi, während bei der zweiten Gruppe eine causa constituendi anzuerkennen wäre, innerhalb deren nun die causa donandi neben Vergleichs-, Feststellungs- und andern causae auftaucht. Bei den quasi ex causa solvendi abgegebenen Versprechen wird dann von einigen, wie z. B. von Planck-André, das zugrund liegende Kausalgeschäft, das erfüllt werden soll, als der „Rechtsgrund" oder die causa bezeichnet, während in den übrigen Fällen die causa anderweit bestimmt werden muß. Diese Begriffsbildung scheint in dem Wortlaut des BGB. in den Paragraphen 814 und 815 einen unmittelbaren Anhalt zu haben, in denen ja auch, soweit man sie auf die abstrakten Versprechen mitbeziehen darf, Versprechen zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit und Versprechen zum Zweck der Herbeiführung eines Erfolges unterschieden werden. Man gelangt zu ihr, wenn man die bei der Eingehung solcher Obligationen gleichzeitig abgeschlossenen Kausalgeschäfte von der ersteren nicht trennt, sondern die Obligierung und das Kausalgeschäft als ein einheitliches Geschäft, das man als selbständiges oder abstraktes zu bezeichnen pflegt, zusammenfaßt [42]. Bei der Handhabung dieser Begriffsbil-

---

abstrakten Versprechens von dem alten anerkannten Schuldgrund, und stellt innerhalb des neuen Grunds Schenkung, Vergleich, entgeltliches Geschäft wie Kauf oder Tausch und „Tilgung einer Schuld" (?) einander gegenüber. Zu 781 bemerkt er dann, es sei die Möglichkeit anzuerkennen, daß der Putativschuldner in dem Anerkennungsakt lediglich die Erfüllung einer als gewiß vorausgesetzten Verbindlichkeit verspreche, und die Anerkennung gewissermaßen schon als einen antizipierten Erfüllungsakt (?) abgebe. Auch Crome geht von einer solchen Gegenüberstellung aus, wenn er in § 306 das auf Wahrheit beruhende Anerkenntnis dem Versprechen und dem nicht auf Wahrheit beruhenden Anerkenntnis gegenüberstellen will. v. Tuhr a. a. O. S. 3 stellt fest, daß das abstrakte Versprechen verschiedene causae, z. B. die causa donandi oder die causa ein Entgelt zu erhalten, haben könne.

42) In diesem Fall kann man bei Hinfälligkeit der kausalen Seite, also bei Nichterreichung des Schenkungszwecks oder Unwirksamkeit des Feststellungsvertrags mit den Motiven II 693 sagen, die Vor-

dung in der Literatur bleibt noch manches unklar, so z. B. die Frage, wie weit mit der Vorstellung der konstitutiven causa operiert werden soll, ob nur in den Fällen, in denen nicht von einem formlosen konsensualen Abschluß eines selbständigen klagbaren Kausalgeschäfts die Rede sein kann (also z. B. bei Schenkung oder nichtvergleichsmäßiger Feststellung), oder in allen Fällen, in denen bei gleichzeitig getroffener Kausalvereinbarung die äußere Form eines abstrakten Versprechens von den Parteien zugrunde gelegt wird [43]). Ebensowenig ist die Begriffsbildung nach andern Richtungen hin geklärt, z. B. in der Richtung, welche causae denn jeweils für die neu zu begründenden Obligationen in Betracht kommen. Mit der causa donandi und credendi wird man doch keinesfalls ausreichen. Jedenfalls müßten Interzessions- und Feststellungs-causae anerkannt werden.

Will man nun innerhalb dieser hin- und herwogenden Begriffsbildungen festen Boden gewinnen, so ist zunächst einmal unabhängig davon, welche der einander gegenübergestellten Vorstellungsreihen auf die Normierung des BGB. Einfluß gehabt haben mag, die Frage dahin zu stellen, ob die eine oder andere Begriffsbildung mehr Vorteile für die Systematik verspricht. Diese ist dann zunächst für die weitere Darstellung zugrund zu legen.

Da wird denn wohl als Ausgangspunkt festzuhalten

---

aussetzungen der condictio sei in Bez. auf das Versprechen selbst gegeben, während man bei den Versprechen, die die Erfüllung einer Verbindlichkeit bezwecken, bei Nichtbestehen dieser Verbindlichkeit davon reden mag, daß die Kondizierbarkeit in Ansehung der versprochenen Leistung oder der anerkannten Verbindlichkeit vorgelegen habe.

43) So nehmen beispielsweise Oertmann und v. Tuhr, wie bei letzteren sich aus S. 12 N. 1 a. a. O. ergibt, die Fälle des Vergleichs und sogar des Kaufs und Tauschs mit auf. Es soll also ein credendi causa abgegebenes abstraktes Versprechen vorliegen, wenn auf Grund der Abmachung, daß A 100 zahlen und die Ware von B dafür bekommen solle, anerkannt wird, daß A dem B 100 schuldig sei.

sein, daß die obligatorischen Hilfsgeschäfte zu erklären sind durch Aufweisung ihrer spezifischen Hilfsgeschäftsfunktion und Angabe der Grundobligation, zu der sie in Beziehung treten. Das Bedürfnis einer solchen Erklärung durch den Geschäftszweck tritt bei denjenigen Hilfsgeschäften hervor, bei denen entweder die Parteivereinbarung die beabsichtigte Hilfsgeschäftsfunktion oder das Objekt derselben, die Grundobligation, nicht erkennen läßt, oder wo die Rechtsordnung dem Geschäft irgend eine selbständige, von der Erreichbarkeit jenes Zwecks oder dem Bestand der in Bezug genommenen Grundobligation unabhängige, Wirkung beilegt. In diesem Fall spricht man von abstrakten Obligierungen. Prüfen wir nun die in Betracht kommenden Hilfsgeschäftsfunktionen, so dürfte vor allem klar sein, daß die Funktion obligatorischer Geschäfte niemals in der Erfüllung einer als geschuldet supponierten Leistung bestehen kann. Das obligatorische Geschäft vermag (abgesehen von dem Fall, daß eine Obligation gerade auf Abschluß des betreffenden obligatorischen Geschäfts geht) nicht zu erfüllen, sondern nur die Erfüllung zu sichern oder deren Erzwingung zu erleichtern. Die causa solvendi hätte also, wenigstens vorläufig, auszuscheiden. Es wird aber auch noch weiter festzuhalten sein, daß ein obligatorisches Hilfsgeschäft nicht eine materiell neue Grundobligation zu schaffen vermag. Faßt man also die sog. abstrakten Obligierungen als Hilfsgeschäfte auf, und das ist vom Standpunkt der modernen Rechtsentwicklnng aus notwendig [44]), so müssen dieselben sich immer auf irgendwelche materiellen, wenn auch vielleicht naturalen, Obligationen, beziehen. Die Obligation kann nicht selbst donandi, credendi oder permutandi causa begründet werden. Sie setzt vielmehr auch in den Fällen, in denen die abstrakte Obligierung mit dem Abschluß des Kausalgeschäfts zusammenfällt, eine kausale

44) Ueber die geschichtliche Entwicklung s. Stampe, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 45 S. 387 ff.

Verabredung voraus, zu der sie, in irgend welcher Weise die Durchführung sichernd, erleichternd oder modifizierend, hinzutritt [45]).

So sollte denn als causa oder Rechtsgrund eines obligatorischen Hilfsgeschäfts immer nur die Sicherung, Erleichterung oder Modifikation der Durchführung einer bestimmten Grundobligation, die freilich ihrerseits nicht selbständig klagbar zu sein braucht, bezeichnet werden.

Nun können allerdings diese Sicherungsfunktionen noch verschiedener Art sein. Der einfachste Fall liegt vor, wenn lediglich die Einklagung einer an sich schon klagbaren Obligation erleichtert werden soll. Es sind das die Fälle, in denen man bisher überwiegend unter Voraussetzung der Klagerleichterungsfunktion die Grundobligation als den Rechtsgrund der abstrakten Obligierung zu bezeichnen pflegte [46]). Exakterweise wäre hier der Klagerleichterungszweck in Beziehung auf die Grundobligation als die causa des Versprechens zu nennen. Kann dieser Klagerleichterungszweck nicht erreicht werden, weil die vorausgesetzte Grundobligation nicht besteht, so ist die Möglichkeit der Anfechtung der Hilfsgeschäftsobligation vermittelst der condictio sine causa gegeben, sofern nicht dem Causamangel ein noch stärkerer Einfluß auf den Bestand des Geschäfts eingeräumt wird. Gleichgiltig ist dabei, ob, was selten genug vorkommen wird, abgemacht ist, daß nur auf Grund der neugeschaffenen Obligation soll geklagt werden dürfen, oder ob der gewöhnliche Fall der accessorischen Obligierung vorliegt.

---

45) Die Güterschiebungsverabredung, auf die sich das Obligierungsgeschäft bezieht, braucht also nicht „causa praecedens“ zu sein. Mit diesem Begriff operiert Leonhardt (allg. Teil S. 265), in welchem Sinn und zu welchem Zweck wird allerdings aus den wenigen kurzen Bemerkungen nicht recht klar.

46) In diesen Fällen wurde auch die quasi causa solvendi zu Grund gelegt und von einem Versprechen oder Anerkenntnis einer als gewiß vorausgesetzten Verbindlichkeit gesprochen.

Schwieriger ist die Sachlage, wenn die Durchführung einer Obligation durch irgendwelche Feststellungen, Ausschaltung von Bestreitungsmöglichkeiten 2c., gesichert werden soll. Hier ist die Möglichkeit einer doppelten Betrachtungsweise gegeben. Einmal kann man die zu solchem Zweck eingegangene Obligation lediglich von dem Gesichtspunkt der Sicherung der Grundobligation aus auffassen. Dann wird man sie unter Loslösung aus dem Zusammenhang des Feststellungsgeschäfts ähnlich wie die Klagerleichterungsobligation als abstrakte oder selbständige betrachten und die causa in dem Sicherungs- oder Feststellungszweck in Beziehung auf die Grundobligation erblicken. Dies wird konsequent weiterverfolgt zu der Vorstellung führen, daß bei Nichterreichung des Feststellungszwecks, die bei den Feststellungsgeschäften i. e. S. allerdings nicht in dem Fehlen der Grundobligation sondern nur in einem Mangel des Feststellungsgeschäfts selbst ihre Ursache haben kann, die abstrakte Obligation mit der condictio sine causa anzugreifen wäre[47]). Andererseits ist es aber auch möglich, unter Verzicht auf jene Isolierung in dem Feststellungsgeschäft ein kausales Hilfsgeschäft zu sehen, das eine neue materielle Obligation hervorzubringen vermag. Tritt dann zu dem kausalen Geschäft eine auf dasselbe äußerlich keinen Bezug nehmende Obligierung hinzu, so ist deren causa nur der Klagerleichterungszweck in Beziehung auf die durch das Kausalgeschäft neugeschaffene Obligation, oder, in abgekürzter Redeweise, diese neubegründete Obligation selbst. Bei dieser Auffassung würde die Ungiltigkeit des Feststellungsgeschäfts direkt zur Ungiltigkeit der neugeschaffenen materiellen Obligation führen und die condictio sine causa wäre nur zur Umstoßung der etwa zu dieser hinzutretenden abstrakten Obligation heranzuziehen. Das erstere dürfte, wie wir sehen werden, der

47) Nicht ausgeschlossen ist dadurch, daß gewisse Mängel des Feststellungsgeschäfts zur Nichtigkeit der abstrakten Schuld führen.

Standpunkt des BGB. sein, aus dem sich jedenfalls die Ausdrucksweise (§ 782) vielleicht auch (das wird zu untersuchen sein) die nähere Ausgestaltung einzelner positiver Normierungen erklären läßt. Die zweite Auffassung ist die systematisch näher liegende und wohl auch für die Betrachtung de lege ferenda fruchtbarere.

Eine noch kompliziertere Situation ist bei den Verpflichtungen gegeben, die zur Abwicklung von Beziehungen der beiden Parteien zu einem Dritten eingegangen werden [48]). Findet hier eine Bezugnahme auf das eine oder andere Rechtsverhältnis statt wie beim Schuldübernahme- oder Forderungsüberweisungsversprechen, so ist es das Näherliegende [49]), und zwar entspricht das auch der überwiegenden Auffassung, das Versprechen als kausales Hilfsgeschäft gelten zu lassen. Ein etwaiger neben einem solchen Rechtsgeschäft hergehender abstrakter Obligierungsakt bezweckt dann nur die Klagerleichterung bez. der durch das kausale Hilfsgeschäft begründeten Obligation. Soll dagegen von den beiderlei Beziehungen abstrahiert werden wie beim reinen Anweisungsversprechen, so stehen zwei Konstruktionsmöglichkeiten nebeneinander. Entweder: man sieht in dem Versprechen ein eigenartiges abstraktes Hilfsgeschäft, das zu zwei Grundverhältnissen hinzutritt und die abgekürzte Durchführung beider bewerkstelligen soll, das aber gerade wegen seiner doppelseitigen Funktion nicht von den Schädlichkeiten des einen oder andern Verhältnisses berührt wird. Als causa des abstrakten Geschäfts erscheint der Zweck des Zahlungsaustauschs in Beziehung auf zwei gegebene Grundverhältnisse. Die

48) Man denke in erster Linie an die verschiedenen Fälle des Delegationsversprechens. Aehnliche Erscheinungen ergeben sich aber auch beim Versprechen condicionis implendae causa, das nur, wenn man es von diesem Gesichtswinkel aus betrachtet, in der richtigen Beleuchtung erscheint.

49) Die Möglichkeit einer andern Auffassung ist nicht ganz von der Hand zu weisen.

condictio sine causa gegenüber der neugeschaffenen abstrakten Obligation wird möglich und notwendig, sobald der Zahlungsaustauschzweck, z. B. wegen Fehlens oder Mangelhaftigkeit der beiderseitigen Beziehungen (s. v. Tuhr, Jhs. Jahrb. 48 S. 50 ff.), nicht erreicht werden kann. Oder: man nimmt ein kausales Zahlungsaustauschgeschäft an, zu dem seinerseits wieder eine abstrakte Obligation zum Zweck der Klagerleichterung hinzutreten kann. Gegen diese letztere wäre alsdann bei Nichtzustandekommen der materiell individualisiert gedachten Zahlungsaustauschobligation wiederum die condictio sine causa zur Anwendung zu bringen. Auch hier nimmt, wie noch zu zeigen sein wird, das BGB. den zuerst erwähnten Standpunkt ein.

Obwohl wir bei unserer bisherigen Darstellung der Causalehre des Obligationenrechts die causa solvendi ausgeschieden haben, darf doch der zwar seltene aber immerhin mögliche Fall, daß ein Versprechen auf Grund einer causa solvendi abgegeben wird, nicht ganz außer Ansatz bleiben. Es kann jemand ein obligatorisches Hilfsgeschäft abschließen im Glauben, gerade dazu verpflichtet zu sein [50]). Hier müssen in der Tat die gewöhnlichen Grundsätze der causa solutionis, wie sie in Beziehung auf die dinglichen Rechtsgeschäfte entwickelt zu werden pflegen, ihre Anwendung finden. Das Versprechen wird also mit der condictio indebiti, unter deren Voraussetzungen, angefochten werden können.

Ein entsprechender Fall der condictio ob causam datorum darf dagegen nicht anerkannt werden. Denn setzt man **den** Fall einer abstrakten Obligierung mit Rücksicht auf eine vorausgesetzte nicht ihrerseits einklagbare Gegenleistung, so liegt nach der Auffassung, von der wir ausgegangen sind, dieser Obligierung immer eine irgendwie bedingte materielle Obligation zugrund, und die Anfechtung des abstrakten Versprechens wird sich daher stets auf der

50) Der Fall wird auch in den Motiven (II 693) erwähnt.

Basis bewegen, daß es an der durch das abstrakte Geschäft zu sichernden Grundobligation fehle.

Auf weitere Streit- und Zweifelsfragen der Causalehre näher einzugehen, ist durch den Zweck dieser Abhandlung nicht erfordert. Hinsichtlich der Frage, ob die causa in objektivem oder subjektivem Sinn zu fassen sei, möge folgende Auffassung kurz fixiert werden [51]).

Die im Vorstehenden geschilderte Hilfsgeschäftsfunktion in Beziehung auf eine bestimmte Grundobligation ist einmal Gegenstand der Zweckvorstellungen der Parteien. Die Vorstellung der Funktion wirkt als Motiv für den Abschluß des Geschäfts. Insofern mag man von subjektiver causa reden. Außerdem aber macht die Rechtsordnung die volle Wirksamkeit des Geschäfts vom Konsens der Parteien über die Hilfsgeschäftsfunktion und von deren Erreichbarkeit abhängig. Dissens über die Hilfsgeschäftsfunktion oder über das in Bezug genommene Grundverhältnis, sowie Unerreichbarkeit des konsentierten Zwecks muß irgendwelche Art von Ungültigkeit, mindestens Kondizierbarkeit, mit sich bringen. In diesem Sinn kann man das Vorhandensein einer objektiven causa als Erfordernis für den Bestand des Obligierungsgeschäfts bezeichnen. Und zwar ist es diese Frage nach der objektiven causa, der vor allem entscheidende praktische Bedeutung zukommt.

§ 2. Die von § 780—782 betroffenen Fälle.

Die erste Aufgabe, die es bei einem Versuch, das Recht der §§ 780—782 zur Darstellung zu bringen, zu erfüllen

---

51) S. über diesen Streit und die sehr verschiedenen Terminologien auf der einen Seite Klingmüller, der Begriff des Rechtsgrunds, seine Herleitung und Anwendung, Breslau 1901, auf der andern Stampe, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 45 S. 387 ff., auch Wieland, der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen S. 10 ff.

gilt, ist die Abgrenzung des Anwendungsgebiets dieser Paragraphen.

Es ist zu untersuchen, was versteht das Gesetz unter Versprechen, welche eine Verpflichtung „selbständig begründen" sollen, was unter Verträgen, „durch die das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird".

Man pflegt in der Literatur ohne weiteres von den abstrakten Schuldverträgen der §§ 780 und 781 zu reden, obwohl das Gesetz den Ausdruck „abstrakt" nirgends verwendet. Dabei unterläßt man es, zu bestimmen, was man unter abstrakt versteht. Und doch war dieser Begriff in der vorausgegangenen gemeinrechtlichen Doktrin keineswegs eindeutig.

Den Ausgangspunkt hatten die indiskret gefaßten römischen Stipulationen gebildet. Man nannte die Stipulation centum dare spondes? abstrakt, die Stipulation centum quae mihi ex empto debes, dare spondes? oder centum dotis causa dare spondes? nicht abstrakt. Damit stellte man ab auf die Fassung des Schuldvertrags. Bei dieser blieb man auch noch stehen, wenn man sagte, daß die auf den Verpflichtungsgrund nur unbestimmt Bezug nehmenden Versprechen und Anerkenntnisse ebenfalls den abstrakten zugezählt werden sollen.

Eine andere Terminologie dagegen lag zu Grund, wenn man auf die Wirkung abstellte und abstrakten Schuldvertrag und abstrakte Obligation überall da annahm, wo einem obligationenrechtlichen Hilfsgeschäft eine von der Erreichung seines Zwecks und dem Bestehen der Grundobligation zunächst unabhängige Wirkung beigelegt wird. Danach wäre z. B. das mit einer fiktiven causa (ich benütze den üblichen Ausdruck) operierende Anerkenntnis unbedenklich als ein abstrakter Vertrag anzusprechen gewesen. Auch ein die vera causa vollständig benennendes Versprechen wäre zu den abstrakten zu zählen, sobald ihm von der Rechtsord-

nung eine von dem Bestehen jener causa nicht abhängige, wenn auch nur provisorische Wirksamkeit beigelegt wird. Nicht als abstrakte Geschäfte gelten dagegen auch vom Standpunkt dieser Begriffsbildung aus diejenigen Hilfsgeschäfte, welche, wie z. B. die Bürgschaft, ihre Hilfsgeschäftsfunktion sowie die in Bezug genommene Grundobligation deklarieren und bei Unerreichbarkeit des deklarierten Zwecks, insbesondere bei Ungültigkeit der Grundobligation, ihrerseits unwirksam sind[52]).

Wie stellt sich zu diesen Begriffsbildungen diejenige des BGB.? Wir haben die §§ 780 und 781 wegen ihres verschiedenen Wortlauts getrennt zu betrachten.

Der § 780 redet von der selbständigen Begründung einer Verpflichtung durch ein Versprechen. Eine solche könnte man dem Wortlaut nach vielleicht schon da annehmen, wo irgendwie ein einseitiges Versprechen bindend wirkt, wie z. B. beim Schenkungs- oder römischen Dotalversprechen. Daß dies nicht gemeint ist, erhellt aus dem ganzen historischen Zusammenhang. Bei deklarierter Vereinbarung eines Grundgeschäfts liegt niemals das Bedürfnis nach einer weiteren Erklärung und nach einer Zurückführung der bindenden Wirkung auf die selbständige Kraft des Versprechens vor.

Aus demselben Grund wird man aber auch die Geschäfte, die wir als kausale Hilfsgeschäfte bezeichnet haben, wie Bürgschaft, Schuldübernahmeversprechen, Konventionalstrafversprechen u. a. nicht unter die selbständigen Versprechen des § 780 subsumieren dürfen[53]). Dies ist denn auch in der Tat herrschende Meinung. Nur bezüglich der Schuld-

---

52) Zweifellos unrichtig ist es, wenn man behauptet, jede Stipulation sei im Sinn der gemeinrechtlichen Terminologie ein abstrakter Vertrag gewesen. (So Martinius, die Form der kumulativen Schuldübernahme in Gruchots Beitr. Bd. 49 S. 202).

53) Bei Seite bleibt natürlich hier der Fall, in dem zum Zweck der Klagerleichterung der Hilfsgeschäftszweck verdeckt und pure eine bestimmte Summe versprochen wurde.

übernahmeverträge, insbesondere der kumulativen Schuldübernahmeverträge, wird Entgegengesetztes behauptet[54]).

54) Der Stand dieser Frage ist folgender: Zunächst werden beide Schuldübernahmeverträge von Cosack § 162 III 2 Abs. 2 als abstrakte Verträge in Anspruch genommen, dabei aber bemerkt, daß die Formvorschrift des § 780 auf diese Fälle nicht zur Anwendung komme. Worauf sich die Ausnahme von der Formvorschrift gründen soll, wenn der § 780 sich auf die Fälle beziehen müßte, wird nicht ausgeführt.

Außerdem aber ist die Subsumption speziell der kumulativen Schuldübernahme unter den § 780 und damit unter die Schriftform befürwortet worden von Birkenbihl im Recht 1903 S. 287. (Derselbe drückt sich zwar noch zweifelnd aus, läßt aber doch wohl deutlich erkennen, daß ihm die Subsumption das plausiblere erscheint. Den Einwand, daß dann auch die privative Schuldübernahme als abstrakter Vertrag gelten und unter Schriftform fallen müßte, sucht er de lege lata mit der Bemerkung zu schlagen, daß die privative Schuldübernahme speziell geregelt sei und ein abstraktes Schuldversprechen im Sinn des § 780 nur ein solches sein könne, das nicht schon in einem andern Titel des BGB. geregelt sei!) Hellbach ebendaselbst S. 335 behandelt es als zweifellos, daß die kumulative Schuldübernahme unter den § 780 falle und deshalb Schriftform erforderlich sei. Josef in der deutschen Juristenzeitung 1903 S. 422 und 423 kommt unter Abstellung auf den Willen, eine vom Verpflichtungsgrund losgelöste Verpflichtung zu begründen, zu dem Resultat, daß, wo ein Zweck des Versprechens angegeben werde, wie im Fall der RG.Entsch. Bd. 51 S. 120 der vom Vater verfolgte Zweck, daß das Vergehen des Sohns nicht an die Oeffentlichkeit gelange, ein abstraktes Versprechen nicht vorliege. Daraus wird a contrario zu folgern sein, daß Josef, wo derartiges nicht vorliegt, ein abstraktes Schuldversprechen annehmen würde. David im Recht 1903 S. 356 gibt zwar zu, daß man in Beziehung auf das Verhältnis zwischen altem und neuem Schuldner von einem abstrakten Vertrag sprechen könne, hebt aber nachdrücklich hervor, daß von einem abstrakten Schuldversprechen im Sinn des § 780 gar keine Rede sein dürfe, da ja doch der Schuldgrund des bestehenden Schuldverhältnisses in das Schuldversprechen dem Gläubiger gegenüber aufgenommen werde und deshalb der neue Schuldner dem Gläubiger gegenüber ohne weiteres zu allen Einwendungen aus dem ursprünglichen Schuldgrund berechtigt sei (arg. auch Motive 2 S. 146). In ähnlicher Weise wie David tritt Silbermann in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 68, 365 ff. der Annahme eines abstrakten Schuldversprechens entgegen. Auf Grund umständlicher Auseinandersetzung kommt endlich neuestens Martinius in Gruchots Beitr. Bd. 49 S. 181 ff. zu dem Resultat, daß die kumulative Schuld-

Der Zweifel, ob die Schuldübernahme nicht am Ende ein selbständiges Versprechen im Sinn des § 780 darstelle, konnte nur auf Grund der vorgefaßten Meinung entstehen, daß ein solches vorliege, wo keine Entgeltsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner gegeben sei, oder wo dieselbe verschwiegen werde. Man hat diesen Begriff ohne weiteres dem BGB. untergelegt und sich dabei nicht klar gemacht, daß die Bürgschaft, bei der die Entgeltsbeziehung zum Gläubiger doch auch fehlt, niemals zu den abstrakten Verträgen gerechnet worden ist und offensichtlich auch nicht den selbständigen Schuldversprechen des § 780 unterstellt werden sollte. Die obligationenrechtlichen Hilfsgeschäfte sind auch nach dem BGB. nicht selbständige Versprechen, wenn sie ihre Beziehung zu einer Grundobligation deklarieren und in ihrer Wirksamkeit von dem Bestehen dieser Grundobligation direkt abhängig sind. Daß nun aber bei der Schuldübernahme, die sich als solche zu erkennen gibt, die Schuld des Uebernehmers von der ursprünglich vorhandenen Schuld abhängig ist, daß der Gläubiger die Entstehung derselben zu behaupten und zu beweisen hat, ist allgemein anerkannt. Die Behaup-

---

übernahme der Schriftform nicht bedürfe, daß aber, wenn eine Schuldübernahmeurkunde ausgestellt sei, in welcher der Uebernehmer dem Gläubiger die Leistung des von einem Dritten Geschuldeten neben diesem verspreche, dadurch der Gläubiger von der Behauptungs- und Beweislast für das Entstehen der Schuld des Dritten befreit werde. Als Argument dafür, daß die Schuldübernahme kein abstraktes Versprechen sei, dient einmal der Hinweis auf die in der Befreiung des Urschuldners liegende Gegenleistung, ferner die Betonung des Umstands, daß der Gläubiger seine Klage nicht auf die Schuldübernahme allein stützen könne, sondern (abgesehen vom Fall des die Beweislast umkehrenden schriftlichen Versprechens) die Entstehung der Urschuld zu beweisen haben.

Der vorstehende Literaturbericht dürfte zur Evidenz beweisen, welche Verschiedenheit der Auffassungen bezüglich des Begriffs „selbständiges Schuldversprechen" besteht, er beweist aber auch die Unmöglichkeit ohne Einigung über den Oberbegriff, unter den subsumiert werden soll, zu einer Lösung der Streitfrage zu gelangen.

tung von Martinius[55]), daß sich das bei Abgabe eines schriftlichen kumulativen Schuldübernahmeversprechens seitens des Uebernehmers anders verhalte, ist ohne jeglichen Grund.

Mit Recht ist sodann noch hervorgehoben worden[56]), daß in der Gesetzgebungsgeschichte niemals die Meinung hervortrat, die privative Schuldübernahme könnte als selbständiges Schuldversprechen aufzufassen sein. Die Aeußerung der Motive Bd. 2 S. 146 zeugt positiv gegen eine solche Auffassung. Und wenn die privative Schuldübernahme kein abstraktes Versprechen ist, wie sollte dann die kumulative ein solches darstellen?

Eher könnte man bei denjenigen Hilfsgeschäften zur Annahme einer selbständigen Obligationsbegründung gelangen, bei denen zugleich eine Art Schuldbekenntnis erfolgt, wie z. B. beim römischen constitutum debiti proprii oder beim Forderungsüberweisungsversprechen, „ich verspreche dir, was ich dem X schulde, auf dessen Anweisung". Allein solange man anzunehmen hat, daß diese Bekenntnisse nur als außergerichtliche Geständnisse funktionieren und in dieser Eigenschaft auf die freie richterliche Beweiswürdigung einwirken, vermögen sie den Charakter des Versprechens nicht zu verändern. Da diese Beweiswürdigungswirkung dem Parteizweck regelmäßig genügt, wird man ohne bestimmte Anhaltspunkte der Partei keine weitergehende Absicht unterschieben dürfen. — Vor allen Dingen wäre es falsch, bei mündlicher Abgabe des Versprechens wegen Mangels der Form des § 780 Nichtigkeit behaupten zu wollen. Allein auch wenn die Form des § 780 gewahrt ist, ergibt sich nicht das Bedürfnis, andere Wirkungen eintreten zu lassen, so daß man zwischen schriftlichen und mündlichen Forderungsüberweisungsversprechen zu unterscheiden hätte. Erst wenn indiskrete Fassung gewählt wird, der Schuldner dem

55) A. a. O. S. 214.

56) von David a. a. O.

neuen Gläubiger pure die Summe verspricht, wird die Situation eine andere [57]).

Auf der andern Seite ist offensichtlich, daß die selbständige Obligationsbegründung im Sinn des § 780 nicht auf die Fassung des Versprechens abstellt. Dies würde schon mit dem Wortlaut „selbständige Begründung einer Verpflichtung" nicht im Einklang stehen. Es ergibt sich aber auch mit voller Deutlichkeit aus der Gesetzgebungsgeschichte. Während der § 684 des ersten Entwurfs von „den Verpflichtungsgrund nicht angebenden oder nur im allgemeinen bezeichnenden Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen" gesprochen hatte, ist diese Fassung, obwohl sie auch in der 2. Kommission noch verteidigt wurde [58]), absichtlich fallen gelassen worden.

Endlich ist aus der Gesetzgebungsgeschichte sowie aus dem Wortlaut des Gesetzes in § 782 zu ersehen, daß bei denjenigen Hilfsgeschäften, bei denen auch für den Fall des Nichtbestehens der Grundobligation, eine neue Obligation begründet werden soll, wie bei vergleichsmäßigen und etwaigen sonst zugelassenen Feststellungen, schlechthin selbständige Obligationsbegründung angenommen werden soll. In diesem Fall ist es gleichgültig, ob die Hilfsgeschäftsfunktion innerhalb des obligationsbegründenden Vorgangs deklariert wird und man infolgedessen das Hilfsgeschäft an sich als kau-

57) Auf besonderem Boden steht in allen den zuletzt besprochenen Fällen die Frage, wie bei der Forderungsüberweisung das Verhältnis zwischen den beiden Gläubigern bei Schuldübernahme und Bürgschaft dasjenige zwischen den Schuldnern sich gestaltet. Hier ist allerdings das weitere Suchen nach einer causa möglich und notwendig. Man kann allenfalls von einem nach dieser Richtung abstrakten Vertrag reden, wie das denn auch bei der Schuldübernahme wiederholt geschehen ist. Indessen darf die Abstraktion von diesen Beziehungen nicht Anlaß geben, den Begriff der „abstrakten Obligierung" zur Anwendung zu bringen und deshalb eine Subsumption unter den § 780 vorzunehmen. (So mit Recht auch David a. a. O.)

58) Protokolle Bd. 2 S. 500 (Antrag 4 a) und 507.

sales auffassen kann, oder nicht. Auch das seinen Vergleichscharakter deklarierende Vergleichsversprechen wird, soweit dadurch eine vorher unsichere Obligation fixiert werden soll, als selbständiges Versprechen aufgefaßt.

Aus dem Zusammenhalt des Bisherigen dürfte sich ergeben, daß das selbständige Schuldversprechen des § 780 (man kann auch der Titelüberschrift gemäß schlechthin von Schuldversprechen reden) nichts anderes ist, als der zur Durchführung oder Sicherung einer vorausgesetzten Grundobligation abgeschlossene obligatorische Vertrag, dem von der Rechtsordnung, der Parteiintention entsprechend, unabhängig vom Bestehen jener Grundobligation irgendwie verpflichtende Wirkung beigelegt wird. Dabei mag ausdrücklich noch einmal hervorgehoben werden, daß jene Grundobligation weder auf einer causa praecedens zu beruhen noch selbständige Klagbarkeit zu besitzen braucht.

Daß die Parteiabsicht speziell auf jene Verpflichtungswirkung gestellt sei, ist keineswegs erforderlich. Es genügt, daß dieselbe mit den im folgenden Paragraphen noch näher zu bestimmenden Parteizwecken im Einklang stehe.

In diesem Sinn ist es demgemäß zulässig, auch von einem abstrakten Schuldvertrag oder einer abstrakten Obligierung zu reden. Wenn dies geschieht, sollte man es aber zu vermeiden suchen, diese Bezeichnungen auch noch für die indiskreten oder „abstrakt gefaßten" Obligierungen zu verwenden, wie so mannigfach geschieht [59]), denn allzuleicht werden dadurch Mißverständnisse und quaterniones terminorum erzeugt.

---

59) So sagt z. B. Oertmann in den Vorbemerkungen zum 20. Titel, die Geschäfte des § 780 und 781 seien abstrakt gültig aber nicht als notwendig abstrakt gedacht. Wenn die Motive (II S. 688) auch zwischen absolut und relativ abstrakten Akten unterscheiden, so ist das natürlich, weil sie sich auf den noch nach der Fassung unterscheidenden § 684 des ersten Entwurfs beziehen.

Gehen wir nunmehr, um einen Ueberblick zu bekommen, noch etwas auf die Kasuistik ein und suchen wir die einzelnen unter den § 780 fallenden Versprechen genauer zu umgrenzen und zu einzelnen bestrittenen Fragen Stellung zu nehmen.

Der unzweifelhafteste Fall des abstrakten oder selbständigen Versprechens liegt vor, wenn die Parteien lediglich das Objekt und allenfalls die Modalität der Leistungspflicht fixieren und darauf ein in keiner Weise weiter verklausuliertes Versprechen richten. So wenn das Versprechen einfach auf eine bestimmte Geldsumme oder einen sonstigen Gegenstand [60]) gestellt wird, der geleistet oder zu einem bestimmten Zeitpunkt geleistet werden soll, entsprechend der römischen auf centum dare oder servum Stichum dare gestellten Stipulation. Dies sind die Fälle, in denen im gemeinen Recht die Frage nach der Gültigkeit abstrakter Schuldversprechen in erster Linie brennend war, und für die eine zweifellose Entscheidung im Sinne der Klagbarkeit getroffen werden sollte.

Es wird nun aber im allgemeinen auch unbedenklich zugegeben werden, daß das Versprechen durch beliebige Bedingungen modifiziert werden kann und trotzdem ein selbständig eine Verpflichtung begründendes Versprechen bleibt. So wenn z. B. gesagt wird, ich verspreche dir am Tag nach deiner Hochzeit 10000 Mk. bar auszubezahlen. Es wird sich leicht nachweisen lassen, daß eine, wie wir sehen werden, wesentliche ratio, welche für die Zulassung solcher selbständiger Schuldversprechen angeführt werden kann, der Zweck, dem Gläubiger ein sicheres und leicht beweisbares Klagfundament an die Hand zu geben, auch in derartigen Fällen zutrifft. Eine bedeutende Klagerleichterung findet auch dann

60) Daß der Gegenstand des Versprechens keine Geldsumme zu sein braucht, ist unbestritten und bei der Fassung des § 780 unbestreitbar.

noch statt, wenn dem Gläubiger der Nachweis der Erfüllung einer einzelnen Bedingung auferlegt wird.

Bedenken sind speziell in der Richtung aufgetaucht, ob auch eine Gegenleistung zur Bedingung des Leistungsversprechens gemacht werden könne [61]).

Auch hier können jedoch begründete Zweifel nicht bestehen [62]). Gibt man einmal zu, daß überhaupt Bedingungen eingefügt werden können, so ist nicht einzusehen, warum speziell diese ausgeschlossen sein sollte. Der Wortlaut des Paragraphen stellt jedenfalls kein Hindernis in den Weg. Zu allem Ueberfluß weist auch die Gesetzgebungsgeschichte darauf hin, daß die Abhängigkeit von einer Gegenleistung ausdrücklich zugelassen werden sollte. Bei Ablehnung eines Antrags, welcher dahin zielte, bei Versprechen von Leistung gegen Gegenleistung die Schriftform aufzuheben, wurde konstatiert, daß ein Versprechen von Leistung gegen Gegenleistung ganz allgemein *ohne Angabe des beiderseitigen Verpflichtungsgrunds* erfolgen könne [63]).

Durchaus irrig ist es zunächst, zu glauben, daß bei Setzen einer solchen Bedingung notwendig das ganze synallagma in das Versprechen hereingezogen, daß „die Entgeltsfrage in einer für Dritte erkennbaren Weise geregelt" werden müßte [64]). Man denke an einen Fall wie folgenden: A hat dem B mehrere Lieferungen gemacht, auf Grund deren dieser ihm angeblich 1000 Mk. schuldig geworden ist. Nun er-

61) So *Klingmüller* Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis S. 109—111, der freilich nirgends mit den Worten des Gesetzes, sondern immer nur mit dem Begriff des abstrakten Geschäfts operiert.

62) S. vor allem *Cosack* Lehrb. § 162 IV 1.

63) S. Protokolle Bd. 2 S. 501 und 509. Wie es *Klingmüller* fertig bekommt, den abgelehnten Antrag irgendwie für seine gegenteilige Meinung verwerten zu wollen, ist schwer verständlich. Die Gründe der ablehnenden Majorität werden von ihm einfach unterdrückt Ebenso unerfindlich ist, wie er den kaufmännischen Verpflichtungsschein des § 363 HGB., ein zirkulationsfähiges Wertpapier, heranziehen kann.

64) So *Klingmüller* a. a. O. S. 110.

folgten aber verschiedentliche Beanstandungen der gelieferten Ware, die von A bestritten wurden; schließlich verglichen sich die Parteien dahin, daß gegen Nachlieferung eines bestimmten Quantums zu einem bestimmten Termine B die Summe von 1200 Mk. an A bezahlen solle, und das wird in einem Schuldversprechen fixiert. Der Zweck der Parteien ist, daß A, wenn er seine Nachlieferung beweist, die Klage mittelst des Schuldscheins begründen kann.

Schon mit derartigen Fällen ist das Verkehrsbedürfnis dargetan. Ob dasselbe häufiger oder weniger häufig auftritt, ist natürlich gleichgültig. Denkbar ist allerdings auch, daß aus einem solchen bedingten Versprechen die Natur des ursprünglich unterliegenden einheitlichen Grundverhältnisses sich vermuten oder sogar sicher erschließen läßt. Auch hier liegt jedoch nicht das geringste Bedenken vor, die Wirksamkeit des im Schuldschein enthaltenen bedingten Versprechens anzuerkennen. Z. B. es ist beim Kauf eines Pferdes Streit entstanden. Käufer läßt sich bewegen, das Pferd anzunehmen, und stellt folgenden Schein aus: „Wenn mir das Pferd X bis zum 2. Mai 1905 an mein Haus geliefert wird, so verpflichte ich mich, den Kaufpreis im Betrag von 1000 Mk. sofort zu bezahlen". Auch hier ist klar, daß ein selbständiges Versprechen vorliegt, das auf Grund des Scheins eingeklagt werden kann. Inwieweit von seiten des versprechenden Schuldners dabei das ursprüngliche Kausalverhältnis des Kaufs aufgerollt werden kann, ob er nicht etwa auf ihm zustehende Mängelrügen verzichtet oder eine vergleichsmäßige oder sonstige Feststellung getroffen hat, ist noch sehr die Frage. Dies ist von den bei Abschluß des Versprechens zugrunde liegenden Parteizwecken abhängig.

Die „dogmatischen Bedenken" [65]), die Klingmüller

65) Solche werden meistens da geltend gemacht, wo jemand mehr oder minder „im Nebel seinen Weg sucht".

speziell gegen derartige Versprechen geltend macht, laufen darauf hinaus, daß, wo die Entgeltsfrage hereingezogen werde und damit der „subjektive Rechtsgrund" zu tage trete, ein kausales Schuldverhältnis gegeben sei. Diese ganze Argumentation ruht auf der Unbestimmtheit der Begriffe abstraktes und kausales Geschäft bei Klingmüller und auf der Dehnbarkeit der Ausdrücke „hereingezogen werden" und „zu tage treten".

Einleuchtend ist, wie auch Cosack bemerkt, daß durch ein solches bedingtes Versprechen nicht eine Verpflichtung des Versprechensempfängers zur Gegenleistung begründet werden kann. Dagegen steht nichts im Weg, daß auch dieser ein durch Gegenleistung bedingtes selbständiges Schuldversprechen abgibt. Denkbar wäre es auch, daß die beiden Versprechen in ein und derselben Urkunde fixiert würden[66]. Aber freilich darf man sich durch diese Möglichkeit nicht verleiten lassen, ein über einen einheitlichen synallagmatischen Vertrag errichtetes Vertragsinstrument oder eine Vertragsreproduktionsurkunde zu zerpflücken und nun die einzelnen Verpflichtungen als abstrakte Obligationen zu behandeln. Eine Urkunde ff. Inhalts: „A verspricht dem B bis zum 1. Juli 1905 an B 1000 Zentner Roheisen frei Bahnhof Stuttgart zu liefern. B verspricht dem A die Summe von x Mark nebst 4 % Zins vom 1. Juli ab in 2 Raten am 1. Okt. 1905 und 2. Jan. 1906 zu bezahlen" (folgen beide Unterschriften mit Datum) ist natürlich als Kaufvertragsurkunde aufzufassen. Aus diesem Grund ist auch in dem vom Oberlandesgericht Bamberg am 9. Mai 1901 entschiedenen Fall[67]) die ganze Hereinziehung des abstrakten Vertrags von seiten der Partei abwegig. Der Fall hätte gerichtsseitig auf einfacherem Weg, ohne die großen, den entscheidenden Punkt doch nicht

66) Es könnte sich immer noch aus der getrennten Fassung ergeben, daß zwei selbständige Schuldversprechen gewollt sind.

67) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 4 S. 50.

treffenden Auslassungen über den abstrakten Vertrag entschieden werden sollen [68]).

Noch unrichtiger ist es freilich, wenn bei mündlich abgeschlossenen synallagmatischen Verträgen der Versuch gemacht wird, die Leistungen zu trennen und dann eine einzelne eingegangene Obligation für ungültig zu erklären, weil die schriftliche Form nicht gewahrt sei [69]).

68) Der Fall ist folgender: Bei einer Ladenmiete auf ein Jahr fest, von da an auf halbjährige Kündigungsfrist, war vereinbart, daß bei Verkauf während der festgesetzten Mietzeit der Mieter 400 Mark Entschädigung erhalten, die Kündigung „wie vor gültig sein" solle. Der Mieter klagt auf die 400 Mark, ohne Schaden nachzuweisen, und begründet seine Klage auf abstraktes Versprechen. Das Gericht scheint die Klage abgewiesen zu haben, was zwar nicht ausdrücklich gesagt ist (denn zu den Worten „aus den Gründen" fehlt der Nachsatz), aber sich aus dem Zusammenhang ergeben dürfte. Die entscheidende Frage ist offenbar die, wie die für den Fall eines Verkaufs an den Mieter zu zahlende Abfindung — als solche ist das Versprechen der 400 Mark in das synallagma einbezogen —, des näheren aufzufassen ist. Sie kann gemeint sein als eine ein für allemal für möglicherweise eintretende Schäden und Unannehmlichkeiten zu zahlende Abfindung, sie könnte ferner gemeint sein, was allerdings weniger wahrscheinlich sein dürfte, als eine bloße Schadensschätzung oder Schadensfixierung, die nur im Fall des Schadensnachweises eingreifen würde. Das war mittelst Auslegung festzustellen. In den publizierten Entscheidungsgründen hat das Gericht eine solche Feststellung nicht gemacht.

69) Dieser Fehler findet sich sogar beim Reichsgericht in einem Urteil vom 24. April 1901 (jur. Wochenschrift v. 1901 S. 382). In dem entschiedenen Fall war zwischen Hypothekengläubiger und Hypothekenschuldner abgemacht worden, daß Schuldner den fälligen Betrag sofort bezahlen, Gläubiger aber, um dem Schuldner die Möglichkeit dazu zu verschaffen, einer vom Schuldner zu bestellenden Darlehenshypothek den Vorrang vor dem verbleibenden Rest einräumen solle. — Die Klage auf Bewilligung des Vorrangs wurde abgewiesen, weil entweder Schenkung oder abstraktes Schuldversprechen im Sinn des § 780 vorliege und für beides die Form nicht gewahrt sei. In Wahrheit kann wohl an der formlosen Gültigkeit jenes Vergleichs (Unsicherheit der Anspruchsverwirklichung) oder mindestens vergleichsähnlichen synallagmatischen Vertrags kein Zweifel bestehen. (S. auch Klingmüller a. a. O. S. 62 und 63, Neumann in Gruchot 45 S. 503 ff.). — Offensichtlich ist auch der entsprechende Verstoß des Oberlandesge-

In ähnlicher Weise wie die Frage nach den bedingten und speziell durch Gegenleistung bedingten Schuldversprechen

---

richts zu Rostock in dem vom Reichsgericht Entsch. Bd. 58 Nr. 50 S. 200 behandelten Fall. Hier hatte der Bevollmächtigte eines Fideikommißinhabers mit dessen Bruder folgende Vereinbarung getroffen. Der Bruder sollte in eine hypothekarische Belastung des Fideikommißgutes willigen, dafür wurde Bezahlung einer Schuld des Bruders versprochen. Das Oberlandesgericht wies die (allerdings gegen den Bevollmächtigten, der die Bezahlung auch von sich aus versprochen hatte, gerichtete) Klage ab, weil ein abstraktes Schuldversprechen vorliege und die Schriftform nicht gewahrt sei. Demgegenüber stellt das RG. (offenbar unter Korrektur seiner im zuvor erwähnten Urteil niedergelegten Auffassung) fest, daß in Wirklichkeit ein synallagmatischer, wenn auch nicht unter eine der bekannten Kategorien zu subsumierender Vertrag zwischen dem Fideikommißinhaber und seinem Bruder vorliege. Für das Versprechen des Bevollmächtigten hätte allerdings auch nach seiner Ansicht die Schriftform insofern angewandt werden müssen, als in demselben eine selbstschuldnerische Bürgschaft lag.

Eine dritte in diesem Zusammenhang zu erwähnende Entscheidung eines höheren Gerichts ist diejenige des OLG. Dresden v. 17. März 1903 (Entsch. d. OLG. Bd. 6 S. 454). Hier hatte der Kläger die ihm abgetretene Klagforderung auf ein Versprechen des Beklagten an A, der Frau B 500 Mark zu zahlen, wenn A sein Grundstück verkaufe, gegründet. Die Klage wurde abgewiesen, weil die Form des § 780 nicht gewahrt sei. Durch das Hereinwerfen dieses Elements wird die ganze Untersuchung in falsche Bahnen gelenkt. Zu prüfen wäre ausschließlich gewesen, ob ein rechtlich haltbares synallagma vorliegt bezw. substanziiert ist, und eventuell, wenn der Kläger Cessionar der Frau B sein sollte (was in der mangelhaften Tatbestandserzählung nicht angegeben ist), ob diese aus dem Vertrag direkt berechtigt wurde. Ob gegen das zugrund liegende Kausalgeschäft etwa von der Seite des pactum turpe her irgendwelche Bedenken vorliegen, ist nicht ersichtlich gemacht. An und für sich dürfte die Möglichkeit eines solchen Vertrags „ich zahle dir oder deinem Gläubiger 500 Mark, wenn du dein Grundstück verkaufst, nicht zu beanstanden sein. Ein abstraktes Schuldversprechen ist nach dem angegebenen Tatbestand offenbar gar nicht behauptet. Die Begründung des Urteils macht auch gar keinen Versuch, das Vorhandensein eines abstrakten Verpflichtungswillens, auf den auch hier wieder einmal abgestellt wird, darzulegen. (Auch im übrigen leisten die Entscheidungsgründe, so wie sie wiedergegeben, in Bezug auf Unklarheit der zugrunde gelegten Begriffe Großes. Es wird z. B. gesagt: „Das abstrakte Versprechen bildet selbst seinen eigenen und einzigen Verpflichtungsgrund". Unmittelbar darauf wird von den Verpflichtungsgründen, auf denen das Versprechen „in Wirklichkeit" beruhe, gesprochen.

wird die andere Frage zu erledigen sein, ob es selbständige Schuldversprechen im Sinn des § 780 gebe, die das zugrund liegende Kausalverhältnis, die Grundobligation ausdrücklich benennen und im einzelnen darlegen. Die logische Möglichkeit solcher Versprechen ist auf Grund der obigen Definition ohne weiteres zuzugeben. Es könnte sich nur fragen, ob sie tatsächlich vorkommen. Auch das wird nicht zu bestreiten sein. Allerdings werden die einseitigen Verpflichtungsscheine, die eine causa specialiter expressa angeben, vielfach als bloße Beweisschuldscheine gemeint sein, trotz der angewandten Versprechensform. So z. B. der Schein: „Ich bekenne Herrn X für am 10. Januar d. J. gelieferte Rauchwaren auf 1. Juli 2000 Mk. schuldig geworden zu sein und verspreche dieselben nebst den verabredeten Zinsen zu 4 % pünktlich zu bezahlen".

Aber dennoch dürften auch die Fälle nicht zu selten sein, in denen trotz ausführlichen Eingehens auf das Kausalverhältnis die Begründung einer selbständigen Obligation den Zwecken der Parteien, entspricht. So namentlich da, wo eine Modifikation des ursprünglichen Schuldverhältnisses beabsichtigt wird, z. B. auf Einreden verzichtet, ein bestimmter Leistungstermin oder Erfüllungsort hinzugefügt werden soll.

Ein Schuldschein folgenden Inhalts: „Ich verpflichte mich durch diesen Schein, den Kaufpreis, den ich für am 10. April dieses Jahres gelieferte Ware schulde, am 1. Juli

---

Am Schluß wird gesagt, daß der Verkauf nicht der Grund, sondern die Bedingung des Versprechens sei. Der Grund sei die Absicht des Versprechenden, infolge des Verkaufs sein auf dem Grundstück stehendes Geld zu retten.)

In allen den angeführten Entscheidungen dürfte mehr oder minder die Tendenz zu Grund liegen, Verträge, die man nicht unter eine bestimmte Vertragskategorie zu subsumieren vermag, nach § 780 zu beurteilen nach dem Muster „was man nicht deklinieren kann" ꝛc. Daß das mit § 305 BGB. nicht vereinbar, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung.

mit 4% Zinsen zu bezahlen", kann sehr wohl ein Schuldversprechen im Sinn des § 780 enthalten, sobald der Zahlungstermin und etwa auch die Zinsverpflichtung neu verabredet wird.

Aber, so wird man einwenden, liegen denn nicht in derartigen Fällen kausale Hilfsgeschäfte in demselben Sinn wie bei Bürgschaft, Schuldübernahme und Forderungsüberweisungsversprechen vor, so daß der Schuldschein nur ein Beweismittel für die durch den Schuldabänderungsvertrag modifizierte Obligation darstellt [70]? Jene Abmachungen können ja doch gemäß § 305 BGB. auch formlos getroffen werden. — Man gelangt hier zu einem ganz ähnlichen Problem, wie bei den vertragsreproduzierenden nicht als einseitige Versprechen oder Anerkenntnisse gefaßten Urkunden [71]). Auch hier stehen zwei an sich mögliche Konstruktionsformen zur Wahl. Die Auffassung des Vorgangs als Schuldabänderung unter gleichzeitiger Ausstellung eines Beweisdokuments für die abgeänderte Schuld läßt sich ebensowenig ausschließen wie die andere der selbständigen Obligationsbegründung. Bei dieser Sachlage würde es nun vielleicht nahe liegen, in dem konkreten Parteiwillen einen Anhaltspunkt dafür zu suchen, ob das eine oder andere zugrund zu legen ist. Allein der Parteiwille gibt, wenigstens normalerweise, keinen Entscheid, da er in dieser Richtung nicht präzisiert zu sein pflegt. Sicher ist nur, daß unter allen Umständen die Respektierung der getroffenen materiellen Abänderung gewollt ist. Da bleibt denn nichts anderes übrig, als zu prüfen, welches die differenten Wirkungen sind, die sich bei Zugrundelegung der einen oder anderen Konstruktion ergaben, und welche dieser

70) Unter Umständen, wenn nämlich ein essentiale negotii geändert wird, könnte auch Aufhebung des ursprünglichen Konsensualvertrags unter Abschluß eines neuen und Ausstellung eines Beweisdokuments über den letzteren in Frage kommen. S. darüber P. Meyer civ. Arch. Bd. 87 S. 77 fl.

71) S. Degenkolb civ. Arch. Bd. 71 S. 161 ff., P. Meyer civ. Arch. Bd. 87 S. 77 ff.

Wirkungen der zur Zeit des Parteiakts vorhandenen Interessenlage besser entspricht.

Diese Prüfung führt zu folgenden Resultaten. Das unterscheidende Moment ist die Möglichkeit selbständiger Klagbegründung auf die Ausstellung der Urkunde. Ohne die Gewährung selbständiger Klagbegründung hätte der Gläubiger nötig, seine Klage auf den ursprünglichen Vertrag und den darauf erfolgten Modifikationsvertrag zusammen zu basieren, während bei der Annahme eines Schuldversprechens nach § 780 (und ebenso bei der Vornahme einer Vertragserneuerung im Fall der reproduzierenden Urkunde) die Klagbegründung zunächst auf den Parteiakt, der sich bei der Urkundenausstellung vollzog, Bezug nehmen und die Frage, inwieweit dabei eine Aenderung des ursprünglichen Verhältnisses stattgefunden hat, offen lassen kann. Wo nun in der Urkunde der schuldabändernde Inhalt des Vertrags nicht deklariert wird, und das wird bei den geschilderten Schuldversprechen die Regel sein, hat der Gläubiger, dem die Urkunde ausgefolgt wird, ein zweifelloses Interesse daran, daß ihm jene einfachere Klagbegründung ermöglicht werde. Auf der andern Seite wird der Aussteller des Scheins regelmäßig kein anerkennenswertes Interesse daran geltend zu machen vermögen, daß dies nicht geschehe, er wird sich mit der Vereinfachung der Klagbegründung einverstanden erklären können.

Dies führt dazu, jedenfalls einmal da, wo die einseitige Versprechensform gewählt ist [72]) und sich aus der Fassung keine Gegengründe ergeben, auch in diesen Fällen der causa specialiter expressa eine selbständige Obligationsbegrün-

72) Dieselben Gründe dürften aber wohl auch für die vertragsreproduzierenden Urkunden zutreffen. Insoweit möchte ich an der Degenkolbschen Theorie von der Vertragsreproduktion für den Fall der bewußten Aenderung des Bisherigen festhalten, gegenüber der Kritik von Paul Meyer, der das im Text hervorgehobene Moment zu wenig beachtet.

dung anzunehmen. — Gelangt man aber dann nicht zu dieser Präsumption auch in den Fällen, in denen keinerlei Abänderung der Grundobligation beabsichtigt ist, sondern die Urkunde nur diese selbst in sich aufnimmt? Ist nicht einfach in allen Fällen der Urkundenausstellung eine Klagbegründung auf die Urkunde wünschenswert? An und für sich ist dies gewiß nicht Bedürfnis. Bedenken könnten nur aus Gründen der prozessualen Klagsubstanziierung erwachsen. Läßt es sich ja doch einer zum Zweck der Klagbegründung produzierten Urkunde nicht ansehen, ob sie gegenüber der ursprünglichen Obligation irgendwelche Abänderungen enthält. Wenn nun im einen Fall der Schuldschein die selbständige Klagbasis, im andern Fall nur den Beweis für den früheren Schuldbegründungsakt enthalten soll, muß dann nicht bei der Klagerhebung bestimmt erklärt werden, in welchem Sinn sich der Kläger auf den Schuldschein beruft, und muß nicht, wenn das nicht geschieht, die Klage wegen Unbestimmtheit des Klagegrundes abgewiesen werden? Und ferner, wenn die Klagbegründung darauf hinweist, daß aus dem Schuldschein geklagt werden soll, und es stellt sich nachher heraus, daß derselbe, da materiell an dem Schuldverhältnis nichts geändert, bloßer Beweisschuldschein war, soll dann Abweisung erfolgen, und ist es Klagänderung, wenn der Kläger die Begründung seiner Klage in der genannten Richtung wechseln will? Zu derartigen Resultaten darf man natürlich schlechterdings nicht kommen. Dieselben sind aber auch keine notwendige Konsequenz der Ansicht, daß abstrakte Obligierung bei vollkommen diskreten Schuldscheinen im Zweifel nur im Fall der Aenderung anzunehmen sei. Es handelt sich hier lediglich um eine sachgemäße Auslegung des Klagvorbringens. Da sowohl der Akt der Schuldscheinausstellung als der in demselben benannte Grundvertrag in dem Klagvorbringen aufgeführt werden, so steht nichts im Weg, von Haus aus eine Art alter-

folgten aber verschiedentliche Beanstandungen der gelieferten Ware, die von A bestritten wurden; schließlich verglichen sich die Parteien dahin, daß gegen Nachlieferung eines bestimmten Quantums zu einem bestimmten Termine B die Summe von 1200 Mk. an A bezahlen solle, und das wird in einem Schuldversprechen fixiert. Der Zweck der Parteien ist, daß A, wenn er seine Nachlieferung beweist, die Klage mittelst des Schuldscheins begründen kann.

Schon mit derartigen Fällen ist das Verkehrsbedürfnis dargetan. Ob dasselbe häufiger oder weniger häufig auftritt, ist natürlich gleichgültig. Denkbar ist allerdings auch, daß aus einem solchen bedingten Versprechen die Natur des ursprünglich unterliegenden einheitlichen Grundverhältnisses sich vermuten oder sogar sicher erschließen läßt. Auch hier liegt jedoch nicht das geringste Bedenken vor, die Wirksamkeit des im Schuldschein enthaltenen bedingten Versprechens anzuerkennen. Z. B. es ist beim Kauf eines Pferdes Streit entstanden. Käufer läßt sich bewegen, das Pferd anzunehmen, und stellt folgenden Schein aus: „Wenn mir das Pferd X bis zum 2. Mai 1905 an mein Haus geliefert wird, so verpflichte ich mich, den Kaufpreis im Betrag von 1000 Mk. sofort zu bezahlen". Auch hier ist klar, daß ein selbständiges Versprechen vorliegt, das auf Grund des Scheins eingeklagt werden kann. Inwieweit von seiten des versprechenden Schuldners dabei das ursprüngliche Kausalverhältnis des Kaufs aufgerollt werden kann, ob er nicht etwa auf ihm zustehende Mängelrügen verzichtet oder eine vergleichsmäßige oder sonstige Feststellung getroffen hat, ist noch sehr die Frage. Dies ist von den bei Abschluß des Versprechens zugrunde liegenden Parteizwecken abhängig.

Die „dogmatischen Bedenken" [65]), die Klingmüller

65) Solche werden meistens da geltend gemacht, wo jemand mehr oder minder „im Nebel seinen Weg sucht".

speziell gegen derartige Versprechen geltend macht, laufen darauf hinaus, daß, wo die Entgeltsfrage hereingezogen werde und damit der „subjektive Rechtsgrund" zu tage trete, ein kausales Schuldverhältnis gegeben sei. Diese ganze Argumentation ruht auf der Unbestimmtheit der Begriffe abstraktes und kausales Geschäft bei Klingmüller und auf der Dehnbarkeit der Ausdrücke „hereingezogen werden" und „zu tage treten".

Einleuchtend ist, wie auch Cosack bemerkt, daß durch ein solches bedingtes Versprechen nicht eine Verpflichtung des Versprechensempfängers zur Gegenleistung begründet werden kann. Dagegen steht nichts im Weg, daß auch dieser ein durch Gegenleistung bedingtes selbständiges Schuldversprechen abgibt. Denkbar wäre es auch, daß die beiden Versprechen in ein und derselben Urkunde fixiert würden[66]. Aber freilich darf man sich durch diese Möglichkeit nicht verleiten lassen, ein über einen einheitlichen synallagmatischen Vertrag errichtetes Vertragsinstrument oder eine Vertragsreproduktionsurkunde zu zerpflücken und nun die einzelnen Verpflichtungen als abstrakte Obligationen zu behandeln. Eine Urkunde ff. Inhalts: „A verspricht dem B bis zum 1. Juli 1905 an B 1000 Zentner Roheisen frei Bahnhof Stuttgart zu liefern. B verspricht dem A die Summe von x Mark nebst 4 % Zins vom 1. Juli ab in 2 Raten am 1. Okt. 1905 und 2. Jan. 1906 zu bezahlen" (folgen beide Unterschriften mit Datum) ist natürlich als Kaufvertragsurkunde aufzufassen. Aus diesem Grund ist auch in dem vom Oberlandesgericht Bamberg am 9. Mai 1901 entschiedenen Fall[67] die ganze Hereinziehung des abstrakten Vertrags von seiten der Partei abwegig. Der Fall hätte gerichtsseitig auf einfacherem Weg, ohne die großen, den entscheidenden Punkt doch nicht

66) Es könnte sich immer noch aus der getrennten Fassung ergeben, daß zwei selbständige Schuldversprechen gewollt sind.

67) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 4 S. 50.

treffenden Auslassungen über den abstrakten Vertrag entschieden werden sollen [68]).

Noch unrichtiger ist es freilich, wenn bei mündlich abgeschlossenen synallagmatischen Verträgen der Versuch gemacht wird, die Leistungen zu trennen und dann eine einzelne eingegangene Obligation für ungültig zu erklären, weil die schriftliche Form nicht gewahrt sei [69]).

---

68) Der Fall ist folgender: Bei einer Ladenmiete auf ein Jahr fest, von da an auf halbjährige Kündigungsfrist, war vereinbart, daß bei Verkauf während der festgesetzten Mietzeit der Mieter 400 Mark Entschädigung erhalten, die Kündigung „wie vor gültig sein" solle. Der Mieter klagt auf die 400 Mark, ohne Schaden nachzuweisen, und begründet seine Klage auf abstraktes Versprechen. Das Gericht scheint die Klage abgewiesen zu haben, was zwar nicht ausdrücklich gesagt ist (denn zu den Worten „aus den Gründen" fehlt der Nachsatz), aber sich aus dem Zusammenhang ergeben dürfte. Die entscheidende Frage ist offenbar die, wie die für den Fall eines Verkaufs an den Mieter zu zahlende Abfindung — als solche ist das Versprechen der 400 Mark in das synallagma einbezogen —, des näheren aufzufassen ist. Sie kann gemeint sein als eine ein für allemal für möglicherweise eintretende Schäden und Unannehmlichkeiten zu zahlende Abfindung, sie könnte ferner gemeint sein, was allerdings weniger wahrscheinlich sein dürfte, als eine bloße Schadensschätzung oder Schadensfixierung, die nur im Fall des Schadensnachweises eingreifen würde. Das war mittelst Auslegung festzustellen. In den publizierten Entscheidungsgründen hat das Gericht eine solche Feststellung nicht gemacht.

69) Dieser Fehler findet sich sogar beim Reichsgericht in einem Urteil vom 24. April 1901 (jur. Wochenschrift v. 1901 S. 382). In dem entschiedenen Fall war zwischen Hypothekengläubiger und Hypothekenschuldner abgemacht worden, daß Schuldner den fälligen Betrag sofort bezahlen, Gläubiger aber, um dem Schuldner die Möglichkeit dazu zu verschaffen, einer vom Schuldner zu bestellenden Darlehenshypothek den Vorrang vor dem verbleibenden Rest einräumen solle. — Die Klage auf Bewilligung des Vorrangs wurde abgewiesen, weil entweder Schenkung oder abstraktes Schuldversprechen im Sinn des § 780 vorliege und für beides die Form nicht gewahrt sei. In Wahrheit kann wohl an der formlosen Gültigkeit jenes Vergleichs (Unsicherheit der Anspruchsverwirklichung) oder mindestens vergleichsähnlichen synallagmatischen Vertrags kein Zweifel bestehen. (S. auch Klingmüller a. a. O. S. 62 und 63, Neumann in Gruchot 45 S. 503 ff.). — Offensichtlich ist auch der entsprechende Verstoß des Oberlandesge-

In ähnlicher Weise wie die Frage nach den bedingten und speziell durch Gegenleistung bedingten Schuldversprechen

richts zu Rostock in dem vom Reichsgericht Entsch. Bd. 58 Nr. 50 S. 200 behandelten Fall. Hier hatte der Bevollmächtigte eines Fideikommißinhabers mit dessen Bruder folgende Vereinbarung getroffen. Der Bruder sollte in eine hypothekarische Belastung des Fideikommißgutes willigen, dafür wurde Bezahlung einer Schuld des Bruders versprochen. Das Oberlandesgericht wies die (allerdings gegen den Bevollmächtigten, der die Bezahlung auch von sich aus versprochen hatte, gerichtete) Klage ab, weil ein abstraktes Schuldversprechen vorliege und die Schriftform nicht gewahrt sei. Demgegenüber stellt das RG. (offenbar unter Korrektur seiner im zuvor erwähnten Urteil niedergelegten Auffassung) fest, daß in Wirklichkeit ein synallagmatischer, wenn auch nicht unter eine der bekannten Kategorien zu subsumierender Vertrag zwischen dem Fideikommißinhaber und seinem Bruder vorliege. Für das Versprechen des Bevollmächtigten hätte allerdings auch nach seiner Ansicht die Schriftform insofern angewandt werden müssen, als in demselben eine selbstschuldnerische Bürgschaft lag.

Eine dritte in diesem Zusammenhang zu erwähnende Entscheidung eines höheren Gerichts ist diejenige des OLG. Dresden v. 17. März 1903 (Entsch. d. OLG. Bd. 6 S. 454). Hier hatte der Kläger die ihm abgetretene Klagforderung auf ein Versprechen des Beklagten an A, der Frau B 500 Mark zu zahlen, wenn A sein Grundstück verkaufe, gegründet. Die Klage wurde abgewiesen, weil die Form des § 780 nicht gewahrt sei. Durch das Hereinwerfen dieses Elements wird die ganze Untersuchung in falsche Bahnen gelenkt. Zu prüfen wäre ausschließlich gewesen, ob ein rechtlich haltbares synallagma vorliegt bezw. substanziiert ist, und eventuell, wenn der Kläger Cessionar der Frau B sein sollte (was in der mangelhaften Tatbestandserzählung nicht angegeben ist), ob diese aus dem Vertrag direkt berechtigt wurde. Ob gegen das zugrund liegende Kausalgeschäft etwa von der Seite des pactum turpe her irgendwelche Bedenken vorliegen, ist nicht ersichtlich gemacht. An und für sich dürfte die Möglichkeit eines solchen Vertrags „ich zahle dir oder deinem Gläubiger 500 Mark, wenn du dein Grundstück verkaufst, nicht zu beanstanden sein. Ein abstraktes Schuldversprechen ist nach dem angegebenen Tatbestand offenbar gar nicht behauptet. Die Begründung des Urteils macht auch gar keinen Versuch, das Vorhandensein eines abstrakten Verpflichtungswillens, auf den auch hier wieder einmal abgestellt wird, darzulegen. (Auch im übrigen leisten die Entscheidungsgründe, so wie sie wiedergegeben, in Bezug auf Unklarheit der zugrunde gelegten Begriffe Großes. Es wird z. B. gesagt: „Das abstrakte Versprechen bildet selbst seinen eigenen und einzigen Verpflichtungsgrund“. Unmittelbar darauf wird von den Verpflichtungsgründen, auf denen das Versprechen „in Wirklichkeit“ beruhe, gesprochen.

wird die andere Frage zu erledigen sein, ob es selbständige Schuldversprechen im Sinn des § 780 gebe, die das zugrund liegende Kausalverhältnis, die Grundobligation ausdrücklich benennen und im einzelnen darlegen. Die logische Möglichkeit solcher Versprechen ist auf Grund der obigen Definition ohne weiteres zuzugeben. Es könnte sich nur fragen, ob sie tatsächlich vorkommen. Auch das wird nicht zu bestreiten sein. Allerdings werden die einseitigen Verpflichtungsscheine, die eine causa specialiter expressa angeben, vielfach als bloße Beweisschuldscheine gemeint sein, trotz der angewandten Versprechensform. So z. B. der Schein: „Ich bekenne Herrn X für am 10. Januar d. J. gelieferte Rauchwaren auf 1. Juli 2000 Mk. schuldig geworden zu sein und verspreche dieselben nebst den verabredeten Zinsen zu 4 % pünktlich zu bezahlen“.

Aber dennoch dürften auch die Fälle nicht zu selten sein, in denen trotz ausführlichen Eingehens auf das Kausalverhältnis die Begründung einer selbständigen Obligation den Zwecken der Parteien, entspricht. So namentlich da, wo eine Modifikation des ursprünglichen Schuldverhältnisses beabsichtigt wird, z. B. auf Einreden verzichtet, ein bestimmter Leistungstermin oder Erfüllungsort hinzugefügt werden soll.

Ein Schuldschein folgenden Inhalts: „Ich verpflichte mich durch diesen Schein, den Kaufpreis, den ich für am 10. April dieses Jahres gelieferte Ware schulde, am 1. Juli

---

Am Schluß wird gesagt, daß der Verkauf nicht der Grund, sondern die Bedingung des Versprechens sei. Der Grund sei die Absicht des Versprechenden, infolge des Verkaufs sein auf dem Grundstück stehendes Geld zu retten.)

In allen den angeführten Entscheidungen dürfte mehr oder minder die Tendenz zu Grund liegen, Verträge, die man nicht unter eine bestimmte Vertragskategorie zu subsumieren vermag, nach § 780 zu beurteilen nach dem Muster „was man nicht deklinieren kann“ 2c. Daß das mit § 305 BGB. nicht vereinbar, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung.

mit 4 % Zinsen zu bezahlen", kann sehr wohl ein Schuldversprechen im Sinn des § 780 enthalten, sobald der Zahlungstermin und etwa auch die Zinsverpflichtung neu verabredet wird.

Aber, so wird man einwenden, liegen denn nicht in derartigen Fällen kausale Hilfsgeschäfte in demselben Sinn wie bei Bürgschaft, Schuldübernahme und Forderungsüberweisungsversprechen vor, so daß der Schuldschein nur ein Beweismittel für die durch den Schuldabänderungsvertrag modifizierte Obligation darstellt [70]? Jene Abmachungen können ja doch gemäß § 305 BGB. auch formlos getroffen werden. — Man gelangt hier zu einem ganz ähnlichen Problem, wie bei den vertragsreproduzierenden nicht als einseitige Versprechen oder Anerkenntnisse gefaßten Urkunden [71]. Auch hier stehen zwei an sich mögliche Konstruktionsformen zur Wahl. Die Auffassung des Vorgangs als Schuldabänderung unter gleichzeitiger Ausstellung eines Beweisdokuments für die abgeänderte Schuld läßt sich ebensowenig ausschließen wie die andere der selbständigen Obligationsbegründung. Bei dieser Sachlage würde es nun vielleicht nahe liegen, in dem konkreten Parteiwillen einen Anhaltspunkt dafür zu suchen, ob das eine oder andere zugrund zu legen ist. Allein der Parteiwille gibt, wenigstens normalerweise, keinen Entscheid, da er in dieser Richtung nicht präzisiert zu sein pflegt. Sicher ist nur, daß unter allen Umständen die Respektierung der getroffenen materiellen Abänderung gewollt ist. Da bleibt denn nichts anderes übrig, als zu prüfen, welches die differenten Wirkungen sind, die sich bei Zugrundelegung der einen oder anderen Konstruktion ergaben, und welche dieser

70) Unter Umständen, wenn nämlich ein essentiale negotii geändert wird, könnte auch Aufhebung des ursprünglichen Konsensualvertrags unter Abschluß eines neuen und Ausstellung eines Beweisdokuments über den letzteren in Frage kommen. S. darüber P. Meyer civ. Arch. Bd. 87 S. 77 fl.

71) S. Degenkolb civ. Arch. Bd. 71 S. 161 ff., P. Meyer civ. Arch. Bd. 87 S. 77 ff.

Wirkungen der zur Zeit des Parteiakts vorhandenen Interessenlage besser entspricht.

Diese Prüfung führt zu folgenden Resultaten. Das unterscheidende Moment ist die Möglichkeit selbständiger Klagbegründung auf die Ausstellung der Urkunde. Ohne die Gewährung selbständiger Klagbegründung hätte der Gläubiger nötig, seine Klage auf den ursprünglichen Vertrag und den darauf erfolgten Modifikationsvertrag zusammen zu basieren, während bei der Annahme eines Schuldversprechens nach § 780 (und ebenso bei der Vornahme einer Vertragserneuerung im Fall der reproduzierenden Urkunde) die Klagbegründung zunächst auf den Parteiakt, der sich bei der Urkundenausstellung vollzog, Bezug nehmen und die Frage, inwieweit dabei eine Aenderung des ursprünglichen Verhältnisses stattgefunden hat, offen lassen kann. Wo nun in der Urkunde der schuldabändernde Inhalt des Vertrags nicht deklariert wird, und das wird bei den geschilderten Schuldversprechen die Regel sein, hat der Gläubiger, dem die Urkunde ausgefolgt wird, ein zweifelloses Interesse daran, daß ihm jene einfachere Klagbegründung ermöglicht werde. Auf der andern Seite wird der Aussteller des Scheins regelmäßig kein anerkennenswertes Interesse daran geltend zu machen vermögen, daß dies nicht geschehe, er wird sich mit der Vereinfachung der Klagbegründung einverstanden erklären können.

Dies führt dazu, jedenfalls einmal da, wo die einseitige Versprechensform gewählt ist [72]) und sich aus der Fassung keine Gegengründe ergeben, auch in diesen Fällen der causa specialiter expressa eine selbständige Obligationsbegrün-

---

72) Dieselben Gründe dürften aber wohl auch für die vertragsreproduzierenden Urkunden zutreffen. Insoweit möchte ich an der Degenkolbschen Theorie von der Vertragsreproduktion für den Fall der bewußten Aenderung des Bisherigen festhalten, gegenüber der Kritik von Paul Meyer, der das im Text hervorgehobene Moment zu wenig beachtet.

dung anzunehmen. — Gelangt man aber dann nicht zu dieser Präsumption auch in den Fällen, in denen keinerlei Abänderung der Grundobligation beabsichtigt ist, sondern die Urkunde nur diese selbst in sich aufnimmt? Ist nicht einfach in allen Fällen der Urkundenausstellung eine Klagbegründung auf die Urkunde wünschenswert? An und für sich ist dies gewiß nicht Bedürfnis. Bedenken könnten nur aus Gründen der prozessualen Klagsubstanziierung erwachsen. Läßt es sich ja doch einer zum Zweck der Klagbegründung produzierten Urkunde nicht ansehen, ob sie gegenüber der ursprünglichen Obligation irgendwelche Abänderungen enthält. Wenn nun im einen Fall der Schuldschein die selbständige Klagbasis, im andern Fall nur den Beweis für den früheren Schuldbegründungsakt enthalten soll, muß dann nicht bei der Klagerhebung bestimmt erklärt werden, in welchem Sinn sich der Kläger auf den Schuldschein beruft, und muß nicht, wenn das nicht geschieht, die Klage wegen Unbestimmtheit des Klagegrundes abgewiesen werden? Und ferner, wenn die Klagbegründung darauf hinweist, daß aus dem Schuldschein geklagt werden soll, und es stellt sich nachher heraus, daß derselbe, da materiell an dem Schuldverhältnis nichts geändert, bloßer Beweisschuldschein war, soll dann Abweisung erfolgen, und ist es Klagänderung, wenn der Kläger die Begründung seiner Klage in der genannten Richtung wechseln will? Zu derartigen Resultaten darf man natürlich schlechterdings nicht kommen. Dieselben sind aber auch keine notwendige Konsequenz der Ansicht, daß abstrakte Obligierung bei vollkommen diskreten Schuldscheinen im Zweifel nur im Fall der Aenderung anzunehmen sei. Es handelt sich hier lediglich um eine sachgemäße Auslegung des Klagvorbringens. Da sowohl der Akt der Schuldscheinausstellung als der in demselben benannte Grundvertrag in dem Klagvorbringen aufgeführt werden, so steht nichts im Weg, von Haus aus eine Art alter-

nativer Klagbegründung anzunehmen. Entweder, wenn sich herausstellt, daß im Schuldschein lediglich die Grundobligation reproduziert wurde, gilt die Klage als auf den ursprünglichen Schuldgrund basiert, andernfalls auf das in der Ausstellung des Schuldscheins enthaltene abstrakte Versprechen. Eine Entscheidung der Alternative, in welchem Sinn die Klagbegründung aufzufassen ist, würde sich nach dieser Ansicht erst im Laufe des Prozesses ergeben, weil auch erst im Laufe des Prozesses erhellt, welche Qualität der Schuldschein gehabt hat. Zunächst, wenn der Beklagte nicht erscheint, oder nicht reagiert, kann dieselbe offengelassen werden. Es hat dann jedenfalls, wenn der Akt der Schuldscheinausstellung selbst erwiesen oder als erwiesen anzusehen ist, Verurteilung zu erfolgen.

Daß die im bisherigen dargelegte Auffassung vom Standpunkt einer formalistischen Klagbegründungslehre aus Widerspruch finden kann, läßt sich nicht leugnen. Allein jener formalistische Standpunkt ist eben abzulehnen. Derselbe führt allenthalben zu wenig brauchbaren Resultaten. Dagegen werden bei unserer Auffassung keinerlei berücksichtigungswerte Parteiinteressen verletzt. Insbesondere dürfte durch eine also kumulierte Klagbegründung in keiner Weise das Deliberationsinteresse des Beklagten beeinträchtigt werden [73]). Daß dem also Klagenden bei einer Klagwiederholung Rechtshängigkeit und Rechtskraft entgegenstehen, mag er nun die zweite Klage auf die ursprüngliche Schuld oder auf eine durch die Schuldscheinausstellung entstandene Schuld stützen, wird nur zu billigen sein [74]).

---

73) S. darüber meine Ausführungen im civ. Archiv Bd. 88 S. 87 ff.

74) Die Ausführungen des Textes scheinen mir auch für die verwandte Frage, ob in der urkundlichen Vertragsreproduktion ein neuer Vertrag dann liegt, wenn an dem Grundverhältnis nichts geändert wird, maßgebend zu sein. Sie würden hier zu einem dem Degenkolbschen entgegengesetzten Resultat führen. Eine weitere Verfolgung dieses Gedankens kann jedoch nicht stattfinden.

Ein ähnlich gelagerter zweifelloser Fall des selbständigen Versprechens mit causa specialiter expressa, ist sodann der Fall des fingierten Kausalverhältnisses. Man denke, etwa an das Beispiel, daß jemand, der ein Darlehen aufgenommen hat und dies nicht nach außen kenntlich machen will, verspricht für gelieferte Ware zu zahlen. Allerdings wird ja wohl häufiger die Anerkenntnisform zu solchem Zweck gewählt werden, allein auch beim Schuldversprechen ist eine Bezugnahme auf eine derartige causa ficta nicht ausgeschlossen. Vielfach liegt dabei zugleich die Absicht zugrunde, bestimmte Rechtssätze, die für das fingierte Kausalverhältnis gelten, zur Anwendung zu bringen. Insofern ist eine Verwandtschaft mit den zuletzt geschilderten abstrakten Schuldversprechen, die eine Schuldabänderung zum Ausdruck bringen sollen, vorhanden. Eine Aehnlichkeit zeigt sich auch wieder darin, daß hier wie dort die Qualität des Schuldscheins als einer ein selbständiges Schuldversprechen perfizierenden Urkunde nicht von vornherein erhellt, sondern erst durch die Aufdeckung weiterer Umstände deklariert wird. Daß in den Fällen der causa ficta ein selbständiger Schuldvertrag im Sinn des § 780 oder 781 vorliegt, darf wohl als unbestritten gelten. Mit der Frage der Klagsubstanziierung wird man sich in der zuvor geschilderten Weise abzufinden haben.

Besonderer Betrachtung bedarf noch eine ebenfalls in diesem Zusammenhang zu erwähnende Rechtsfigur, der häufige Fall nämlich, daß ein Kaufschuldner, Schadensersatzschuldner u. s. w. verspricht, ein erhaltenes Darlehen zurückzubezahlen. Hier greift der § 607 Abs. 2 ein. Die betreffende Grundobligation kann durch Vertrag, und zwar auch durch formlosen, in eine Darlehensobligation umgewandelt werden. Wegen dieser Umwandlungsmöglichkeit erscheint es nicht angängig, hier noch von einer causa ficta zu reden.

Wie dieser § 607 Abs. 2 aufzufassen, welches seine

Tragweite ist, und wie speziell das Verhältnis zu den Schuldverträgen der §§ 780 und 781 sich gestaltet, ist nicht unzweifelhaft. Allgemein anerkannt dürfte wohl sein, daß der § 607 Abs. 2 eine an sich gültige ursprüngliche Obligation voraussetzt. Allgemein anerkannt ist ferner wohl auch, daß ein Schuldverhältnis (man gestatte den Ausdruck), bei dem nur Zahlbarkeit besteht, wie bei formlosen Schenkungsversprechen, Spiel-, Wett-, Differenz- und Ehemaklerlohnschuld nicht ohne weiteres auf dem Weg des § 607 Abs. 2 zu einem vollgültigen Schuldverhältnis umgewandelt werden kann. Man darf hier nicht von Haus aus die Auffassung zugrunde legen, als ob bezahlt und sofort wieder zum Zweck der Darlehensgewährung zurückgezahlt sei (s. l. 15 D. 12. 1)[75]. Fraglich könnte nur erscheinen, ob nicht in besonderen Fällen, wie Crome anzunehmen scheint und Klemperer zweifellos annimmt[76]), eine effektive Darlehensgewährung auf dem Weg des ersparten Hin- und Herzahlens angenommen werden darf, und ob nicht in diesen speziellen Fällen eine Beseitigung der Spielcausa oder Schenkungscausa durch die fingierte Zahlung und infolgedessen Klagbarkeit der Darlehensforderung zugrunde zu legen wären. Das letztere ist unter allen Umständen abzulehnen. Denn auch, wenn man im übrigen eine Abmachung der Parteien im Sinn der duplex numeratio für möglich hält, so kann

75) Die Konsequenz davon wird sein, daß das zum Zweck solcher Umwandlung wirklich vorgenommene bloße Scheinmanöver der duplex numeratio nicht ausreicht, ebenfalls eine gültige Darlehensschuld zu begründen.

76) Crome, Lehrbuch II § 188 N. 30, § 248 Z. 2 N. 18 spricht allerdings nicht speziell von den im Text genannten Fällen bloß zahlbarer Schuldverhältnisse. Aber gerade bei diesen wäre die Konstruktion der duplex numeratio von entscheidender Bedeutung. Klemperer bei Gruchot 43 S. 578 konstatiert ausdrücklich den Ausschluß des Spieleinwands gegen die durch fingierte doppelte Numeration entstandene Darlehensforderung. (S. auch Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 88, der sich über die Frage nicht ausspricht.)

durch sie doch keinenfalls der legislatorische Zweck der Bestimmung des § 762 und 518 vereitelt werden. Diese Paragraphen müßten sinngemäß auch gegenüber einer solchen Verabredung durchschlagen. Allein die Annahme, daß durch § 607 Abs. 2 zwei Arten von Verträgen, eine bloße Schuldumwandlung und eine echte Darlehensgewährung, zugelassen werden sollten, dürfte ebenfalls wesentlichen Bedenken unterliegen. Sie wird schon daran scheitern, daß schlechterdings nicht einzusehen ist, wie die betreffende Parteiabsicht nachgewiesen werden sollte, bezw. aus welchen weiteren Umständen dieselbe zu erschließen wäre.

Die Parteiabsicht pflegt nicht ausdrücklich auf derartige Konstruktionen gestellt zu sein, und wie die gesamte wirtschaftliche Situation darauf sollte hinweisen können, daß eigentlich eine Zahlung und Rückzahlung der Intention der Parteien entspräche, ist unerfindlich. Daraus, daß der Schuldner die betreffenden Fungibilien zur Hand hatte, läßt sich dieser Schluß doch gewiß noch nicht ziehen. Wollte also das Gesetz in der Weise wie Crome und Klemperer verlangen, zwei Arten von solchen Vertragsschlüssen zulassen, so müßte es seinerseits bestimmte Kriterien aufstellen. Man wird übrigens auch billigerweise bezweifeln dürfen, daß irgendwelches praktische Bedürfnis auf die Zulassung solcher „echter Darlehensgewährungen" durch bloßen Vertrag hinweist. Können ja doch die Parteien die einzelnen Wirkungen, die sich aus der Konstruktion ergeben würden, als da sind: Befreiung der Sicherungen für die frühere Schuld, Ausschluß des Zurückgehens auf dieselbe bei der Klagbegründung, Verzicht auf gewisse mit dem früheren Schuldverhältnisse zusammenhängende Einreden, im einzelnen vereinbaren. Auch werden unter Umständen derartige Verabredungen, ohne daß sie ausdrücklich getroffen sind, kraft bonae fidei interpretatio zugrunde gelegt werden dürfen. So wird sich z. B. aus der Vereinbarung, die Schuld solle als Darlehensschuld be-

handelt werden, die Anwendbarkeit der Darlehensgrundsätze über Fälligkeit und daraus die Preisgabe der bisherigen Abmachungen über dieselbe ergeben. Aus diesen Gründen wird wohl der Gedanke der duplex numeratio von den Schuldumwandlungen des § 607 Abs. 2 ganz fernzuhalten sein.

Und nun zur Hauptfrage: welches ist das Verhältnis dieses Vertragsschlusses nach § 607 Abs. 2 zu den abstrakten Schuldbegründungen der §§ 780 und 781? Hier bemerkt Planck-André mit Recht, daß zwei Fälle zu unterscheiden sind [77]). Wollen die Parteien nichts weiter, als daß die ursprüngliche Schuld nach Darlehensgrundsätzen behandelt werde, soll also die frühere Schuld dauernd die Grundlage des Anspruchs bilden, so können sie den Umwandlungsvertrag formlos abschließen. Der betreffende Vertrag hat nicht den Charakter eines abstrakten Schuldvertrags [78]). Ist dagegen beabsichtigt, und das wird die Regel sein, daß zum Zweck der Klagbegründung nur auf den Umwandlungsvertrag rekurriert zu werden brauche, so liegt eine selbständige Schuldbegründung vor, und es ist deshalb, von den Fällen des § 782 BGB. und 350 HGB. abgesehen, die Schriftform zur Anwendung zu bringen. Ist ein Schuldschein des Inhalts ausgestellt worden, daß man am so und so vielten ein Darlehen erhalten habe, so wird derselbe nicht als Beweisdokument für die erfolgte Umwandlung, sondern als selbständiger Klagbegründungsakt im Sinn des § 780 oder 781 aufzufassen sein. Die Behandlung wird sich wie in den Fällen der causa ficta und in den zuvor geschilderten Fällen der Schuldabänderung zu gestalten haben.

---

77) Zu § 607 Ziff. 5. Der Gegensatz der Fälle ist, wie aus dem folgenden ersichtlich, allerdings etwas anders zu fassen, als bei Planck-André geschieht.

78) Daß freilich, wie André annimmt, in diesem Fall ein neuer Klaggrund geschaffen wird, „derart, daß zur Substanziierung der Klage die Bezugnahme auf die Darlehensschuld genügt“, ist nicht anzunehmen.

Erhebliche Zweifel und Schwierigkeiten verursacht die Frage, ob es reine Delegationsversprechen gibt, die unter den § 780 fallen.

Beim reinen Delegationsversprechen ist an folgenden Tatbestand zu denken: B, der seinerseits in einer Grundgeschäftsbeziehung zum A steht, verspricht eine Leistung an den C zu machen, bei dem dasselbe der Fall, ohne daß das Versprechen von der einen oder anderen Kausalbeziehung abhängig gemacht wird, ohne daß also Forderungsüberweisungs- oder Schuldübernahmeversprechen stattfindet.

Die Frage, ob der § 780 sich auf solche Versprechen mitbezieht, ist noch keineswegs genügend geklärt, obwohl ihm erhebliche praktische Bedeutung zukommt. Für die Erzeugung nach beiden Seiten unabhängiger Obligationen sind, wenn wir vom Wechsel und von den Orderpapieren des Handelsrechts absehen und die Betrachtung auf das BGB. beschränken, zunächst die Anweisungsakzepte des § 784 bestimmt, die von der zur Zeit herrschenden Meinung als einseitige Rechtsgeschäfte aufgefaßt werden. Das Anweisungsrecht der §§ 783 ff. steht aber unter ganz bestimmten, eng begrenzten Voraussetzungen. Es soll nur zur Anwendung kommen bei schriftlicher, dem Anweisungsempfänger ausgefolgter, auf Geld, Wertpapiere oder andere Fungibilien gestellter Anweisung. Es fragt sich nun, ob nicht auch reine Delegationsversprechen mit der Wirkung des § 784 auf Grund mündlicher oder dem Angewiesenen ausgefolgter schriftlicher Anweisung, oder Delegationsversprechen in Beziehung auf Nichtfungibilien möglich sind. Bejaht man diese Frage, so erhebt sich die weitere, ob solche Versprechen unter den § 780 fallen.

Schon in Beziehung auf die erste Frage sind die Meinungen in der Literatur geteilt, soweit diese überhaupt auf den fraglichen Punkt eingeht[79]. Planck-André führt in

79) Die Einzeläußerungen darüber sind äußerst dürftig. Eine ein-

den Vorbemerkungen zum Anweisungsrecht (unter Z. II) aus, daß die Vorschriften des § 783 ff. auch auf die Fälle mündlicher Anweisung entsprechend zu übertragen seien. Daneben findet sich freilich die weitere Aufstellung, daß die Anwendung der Vorschriften über Annahme der Anweisung ausgeschlossen erscheine, wobei es dem Leser überlassen bleibt zu erraten, ob damit gemeint ist, nur die spezielle Vorschrift des § 784 Abs. 2 über schriftliches Akzept auf der Anweisung solle ausgeschlossen sein, was sich bei mündlichen Anweisungen ja von selbst verstehen würde, oder ob es überhaupt keinerlei obligatorische Bindung des Angewiesenen mit der Wirkung eines reinen Delegationsversprechens geben soll. Des weiteren wird dargelegt, daß bei Anweisungen auf andere Leistungen als auf die Lieferung vertretbarer Sachen die auf eine solche Anweisung gesetzte Annahmeerklärung regelmäßig als ein Schuldversprechen im Sinn des § 780 anzusehen sein werde. Hier bleibt aber offen, ob André einem solchen Anweisungsakzept durch seine Aeußerung die spezifische Wirkung des reinen Delegationsversprechens, die Unabhängigkeit von den beiderseitigen Kausalverhältnissen, zugestehen will, oder nicht.

Von einer beschränkten Anwendbarkeit des formalisierten Anweisungsrechts auf solche Delegationen spricht ferner Crome[80]). Wenn er aber dazu bemerkt, daß die Uebertragbarkeit nur soweit möglich sei, als die Vorschriften nicht mit dem Gegenstand der Leistung oder mit dem Prinzip der Formelstrenge zusammenhängen, so wird aus dieser dunkeln Redewendung eine Entscheidung unserer Frage schwerlich entnommen werden können.

Bei Dernburg findet sich nur ein Hinweis auf die

---

gehendere Darstellung fehlt ganz. Bezeichnend ist, daß Klingmüller in seiner Monographie die ganze mit den abstrakten Schuldverträgen zweifellos in Zusammenhang stehende Frage gar nicht bemerkt.

80) Lehrbuch § 307 N. 11 und Text dazu. Aehnlich Oertmann Vorbemerkungen zu § 783 ff. Z. 2.

Behandlung nach allgemeinen Grundsätzen [81]). Ebenso schließt Cosack [82]) mit einer kurzen Bemerkung die Uebertragbarkeit der spezifischen in § 783 ff. statuierten Wirkungen auf die mündlichen Anweisungen und Anweisungsakzepte aus. Dagegen wird die Uebertragbarkeit der Bestimmungen des Anweisungsrechts unter ausdrücklicher Heranziehung der Frage nach der Wirkung des Anweisungsakzepts geläugnet von Schollmeyer und Landsberg [83]). Schollmeyer hebt hervor, das Akzept einer nicht auf Fungibilien lautenden Anweisung könne nur als Schuldversprechen im Sinn des § 780 wirken. Deshalb seien auch Einwendungen über den in § 784 Abs. 1 festgesetzten Umfang hinaus zulässig. Landsberg meint, daß auf ein solches Akzept nur die gewöhnlichen Regeln des § 780 zur Anwendung gelangen können, daß also die von ihm sog. zwingende Abstraktheit auszuschließen sei. Mit diesen letzten Ausführungen ist doch wohl gemeint, daß man die betreffenden Versprechen, auch wenn sie vollständig abstrakt lauten, wie Forderungsüberweisungsversprechen behandeln, also Einreden des Angewiesenen aus seinem Verhältnis zum Anweisenden zulassen solle [84]).

Nun scheint ja, zunächst de lege ferenda gesprochen, gar manches für die Zulassung der Delegationsabstraktheit auch bei Versprechen auf Grund mündlicher oder dem Angewiesenen ausgefolgter Anweisungen zu sprechen, wenigstens soweit dieselben auf Leistung von Fungibilien gehen. Es

81) Lehrbuch § 237 I Abs. 3. 82) § 151 III 3.

83) Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1904 S. 196, Landsberg, das Recht des BGB. 2. Bd. § 148 Z. IV.

84) Die Einreden aus dem Valutenverhältnis dürften wohl auch nach der Ansicht dieser Schriftsteller, mindestens für die Regel, ausscheiden. — Auch bei der Behandlung solcher Delegationsversprechen im Sinn von Forderungsüberweisungsversprechen ist es natürlich möglich, durch Auslegung zu dem Resultat zu gelangen, daß auf gewisse sich aus dem Deckungsverhältnis ergebenden Einreden verzichtet sein sollte.

ist von Wendt nachgewiesen worden[85]), daß im gemeinen Recht sich die Meinung durchgesetzt hat, es können schlechthin auf Grund einer Delegation solche vom Valuten- und Deckungsverhältnis abstrahierende Versprechen und zwar sogar formlos abgegeben werden. In der Tat ist nicht recht einzusehen, warum eine derartige Sicherstellung des Anweisungsempfängers nur bei schriftlichen Anweisungen und nur bei Ausfolgung der Anweisungsurkunde an den Empfänger und auch dann nur durch schriftliches Akzept auf der Urkunde selbst soll herbeigeführt werden können. Diese Art der Abstraktheit ist bei entwickeltem Zahlungsaustauschverkehr sogar das Natürliche und Zweckentsprechende. Der Versprechensempfänger wird sich, sobald er an ein Weiterbegeben der Forderung denkt, nicht auf die Unsicherheiten einer delegatio nominis einlassen wollen, und der Versprechende wird, wenigstens sobald er lediglich das Versprechen einer bestimmten Geldsumme oder Fungibilienquantität abgibt, sich sagen, daß sein Gegner mit dem Deckungsverhältnis nicht rechnen werde. Das Valutenverhältnis geht ihn seinerseits nichts an. Das einzige Gegenargument, das gegen eine solche Gestaltung geltend gemacht werden kann, ist die Unsicherheit der Abgrenzung. Man könnte befürchten, daß wenn das reine Delegationsversprechen nicht streng formalisiert wird, allzu häufig Zweifel darüber entstehen könnten, ob reines Delegationsversprechen oder Forderungsüberweisungsversprechen gemeint sei. Dieses Bedenken ist jedoch schwerlich durchschlagend. Jedenfalls sind in der gemeinrechtlichen Praxis, die sich auf dieser Grundlage bewegte, keine entscheidenden Schwierigkeiten aufgetaucht. Sowohl aus der Fassung des Versprechens als aus vorhandenen Verkehrsgewohnheiten wird sich der, natürlich dem Gläubiger obliegende[86]), Beweis für das reine Delegationsver-

85) Zu vergl. Wendt, das Anweisungsrecht S. 163 ff.

86) Er hat nach dem Grundsatz in dubio pro reo den Beweis der schärferen Verpflichtung zu führen.

sprechen vielfach erbringen lassen [87]). Anders gestaltet sich die Erwägung de lege ferenda bei Nichtfungibilienschulden. Hier ist das Bedürfnis nach einer verkehrsmäßigen Ausgestaltung des aus dem Anweisungsversprechen hervorgehenden Forderungsrechts durchaus nicht in gleicher Weise vorhanden. Bei der Seltenheit der Anweisungen solcher Art wird sich auch schwerlich eine bestimmte Stellungnahme der gemeinrechtlichen Praxis nachweisen lassen.

Sehr zweifelhaft ist die Entscheidung unserer Frage nach dem Recht des BGB. Es wird sich nicht leugnen lassen und auch Wendt gibt das zu [88]), daß die in gemeinrechtlichen Zeiten vertretene Formalisierungstheorie auf die Verfasser des BGB. Einfluß gewonnen hat. In den Motiven [89]) tritt zweifellos die Auffassung hervor, daß die Delegationsabstraktheit im Gegensatz zu der Abstraktheit der §§ 780, 781 an eine verschärfte Formvorschrift geknüpft werden müsse. Diese Anschauung ist allerdings von der 2. Kommission nicht einfach übernommen worden. Vielmehr ergibt sich aus den Protokollen [90]), daß die Redaktoren dahingestellt sein lassen wollten, ob nicht auf dem Weg des abstrakten Schuldver-

---

87) Dabei würde man vor allem zu dem Resultat kommen, bei schriftlichem einfach auf die Geldsumme abgestelltem Anweisungsversprechen eine reine Delegation anzunehmen.

88) A. a. O. S. 166.

89) Bd. 2 S. 560.

90) Protokolle II S. 382. Die entscheidenden Worte lauten: „Daß die im Gesetz verbotenen Anweisungen wenigstens in ihren materiellen Folgen auf dem Umwege des § 683 herbeigeführt werden können, wie behauptet sei, schließe den Wert und die Wirksamkeit der beantragten Einschränkung noch nicht aus. Abgesehen davon, daß sich mindestens darüber streiten lasse, ob nicht die Annahme der Anweisung dem Schuldner, wie auch die Motive II S. 560 voraussetzen, eine strengere Verpflichtung auferlegen, wie im Fall des einfachen abstrakten Schuldversprechens, werde jedenfalls dem Schuldner durch Ausstellung eines besonderen Schulddokuments die von ihm übernommene Verpflichtung in klarerer Weise zum Bewußtsein gebracht als durch die Erteilung des Annahmevermerks auf der Anweisungsurkunde.“

sprechens nach § 780 dieselben Wirkungen wie durch Annahme einer Anweisung herbeigeführt werden können. Immerhin ist aber auch bei ihnen die Tendenz nach einer Einschränkung der delegationsmäßig abstrakten Obligationen ersichtlich. Es heißt, solche dürften wegen der Gefahren, die für die geschäftsungewandten Volkskreise entstehen, nur da sanktioniert werden, wo es durch ein unabweisbares Bedürfnis geboten sei, es müsse den Bedenken, welche gegen die verpflichtende Kraft der abstrakten Anweisungsannahme erhoben werden, soweit sie sich in den richtigen Grenzen halten, Rechnung getragen werden u. s. w.

Bei dieser Sachlage sind an sich zwei Auslegungsmöglichkeiten gegeben. Entweder man zieht aus den Vorschriften des § 784 das strikte argumentum a contrario und sagt: wo diese Voraussetzungen nicht gewahrt sind, kann schlechterdings keine Delegationsabstraktheit eintreten. Es kann sich vielmehr, wo auf Grund solcher anderer Anweisungen versprochen wird, nur um Forderungsüberweisungen oder Schuldübernahmen handeln, an die dann noch gemäß § 780 und 781 gewöhnliche abstrakte Forderungen sich anschließen können. Oder aber man faßt die §§ 783 ff. dahin auf, daß zunächst einmal für den dort genau umschriebenen Tatbestand die betreffenden Wirkungen angeordnet werden, dabei aber offen bleibt, ob und wie weit dieselben Wirkungen auch außerdem, sei es auf Grund von Analogieschlüssen, sei es auf Grund sonstiger Bestimmungen des BGB., herbeigeführt werden können.

Eine zweifellose Entscheidung der Frage, welche Interpretation die richtige ist, dürfte wohl überhaupt ausgeschlossen sein. Man wird sich danach entscheiden müssen, welches Resultat man für das angemessenere hält, und bei dieser Erwägung wird der Beurteiler von mancherlei Momenten, vor allem von der größeren Neigung nach der Seite der Verkehrsfreiheit oder nach einer Bevormundung des ge-

schäftsunkundigen Publikums, beeinflußt.

M. E. spricht, wie schon oben ausgeführt, das Bedürfnis für die Zulassung reiner Delegationsversprechen auch über das Anwendungsgebiet der § 783 ff. hinaus [91]), und aus diesem Grund möchte ich mich gegen das argumentum a contrario entscheiden.

Sollte man sich aber auch auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen, so wird jedenfalls eines festzuhalten sein. Die Ausfolgung einer im übrigen formgerechten Anweisung an den Angewiesenen sollte unter keinen Umständen das reine Delegationsversprechen unmöglich machen. Hier muß jedenfalls das auf die Anweisung gesetzte Akzept die Wirkung des § 784 haben. Das ergibt sich schon aus folgender Erwägung. Warum soll sich der Anweisende nicht des Angewiesenen als Boten bedienen können, um dem Anweisungsempfänger die Anweisungsurkunde zu übermitteln? Und wenn man das einmal annimmt, sollte dann der Angewiesene nicht auch vor der Ausfolgung sein Akzept auf die Urkunde setzen können, sollte es notwendig sein, daß er zuerst ausliefert und ihm dann vom Anweisungsempfänger die Urkunde zum Zweck des Akzepts zurückgegeben wird?

Gehen wir nun von der Möglichkeit reiner Delegationsversprechen jenseits des § 783 ff. aus, so erhebt sich die weitere Frage, ob diese an die Form des § 780 (ev. 781) gebunden sind, ob man es hier mit Versprechen zu tun hat, welche die Verpflichtung selbständig begründen sollen. Diese

91) Daß das Bedürfnis nur bei Fungibilienschulden besteht, verschlägt nichts. Wenn man nur die Wahl hat, die Möglichkeit reiner Delegationen, entweder bei allen nicht von § 783 ff. getroffenen Fällen zuzugeben oder bei keinem, so muß man sich zu Gunsten der ersten Alternative entscheiden, auch wenn nur für den größeren und wichtigeren Teil der Fälle ein Bedürfnis besteht. Erhebliche Nachteile können sich ja dadurch, daß auch bei Nichtfungibilienschulden das reine Delegationsversprechen verwertbar ist, kaum ergeben. Wenn kein Bedürfnis besteht, wird eben der Verkehr von jener Möglichkeit keinen Gebrauch machen.

Frage dürfte unbedenklich zu bejahen sein. Zwar ist wiederholt die Auffassung vertreten worden [92]), daß beim Delegationsversprechen ein eigenartiges Kausalgeschäft, die Causa des Zahlungsaustausches, zugrunde liege, und man hat daraus für das gemeine Recht die Formlosigkeit der Delegationsversprechen zu begründen gesucht. Für das BGB. ist dieser Schluß nicht gerechtfertigt.

Mag das Versprechen auf den Zahlungsaustausch Bezug nehmen, etwa mit den Worten „auf Anweisung und für Rechnung des X verspreche ich Ihnen die Summe von 1000 Mk. zu zahlen" oder nicht, unter keinen Umständen soll die Klage aus diesem Versprechen von irgend einem weiteren Nachweis, etwa dem Nachweis der bestehenden Anweisung abhängig gemacht werden. Der Kläger fußt ausschließlich auf dem Versprechen und damit ist die selbständige Obligationsbegründung des § 780 gegeben. Für dieses Resultat läßt sich noch die zweifellose Auffassung der Redaktoren ins Feld führen, die auch bei den Beratungen der 2. Kommission davon ausgehen, daß abgesehen vom streng formalisierten Anweisungsakzept des § 784 nur ein nach § 780 abgegebenes Delegationsversprechen in Betracht kommen könnte. Dazu kommt schließlich, daß für eine solche Formalisierung entschiedene Gründe der Praktikabilität sprechen. Wenn auch die gemeinrechtliche Praxis gezeigt hat, daß mit dem Prinzip der Formlosigkeit bei Delegationsversprechen durchzukommen ist, so wird doch die Rechtssicherheit durch das regelmäßig (d. h. abgesehen von § 350 HGB.) festgehaltene Postulat der Schriftlichkeit erhöht, schon aus dem einfachen Grund, weil hier mit einem zweifellos vorliegenden Wortlaut operiert werden kann [93]).

---

92) Zu vergleichen z. B. Wendt, Anweisungsrecht S. 170, 171.

93) Allerdings wird, auch wo die Form des § 780 eingehalten ist, noch die Möglichkeit bestehen, daß die Parteien kein reines Delegationsversprechen, sondern eine delegatio nominis gemeint haben. Aber

Das Resultat der Untersuchung wäre also, daß wir auch hier bei den reinen Delegationsversprechen ein Anwendungsgebiet des § 780 vor uns haben und zwar ein Anwendungsgebiet ganz eigener Art, auf dem sich gesteigerte Abstraktionswirkungen ergeben.

Eine ganz andere Fassung als der § 780 enthält der die Anerkenntnisse regelnde § 781. Hier ist nur die Rede von Verträgen, durch welche das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird. Es ist also auf die Erzeugung einer selbständigen Verpflichtung oder etwas Aehnliches nicht abgestellt. Trotzdem wird mit der allgemeinen Meinung[94]) anzunehmen sein, daß durch den Schuldanerkennungsvertrag in gleicher Weise wie durch das Schuldversprechen ein Forderungsrecht begründet wird. Und zwar geschieht dies nicht bloß dann, wenn das anerkannte Schuldverhältnis nicht bestand, sondern auch in dem häufigeren Fall, in dem

gerade in dieser Richtung wird meistens der Wortlaut des Versprechens, ob gesagt ist: ich verspreche 1000, oder: ich verspreche die 1000, die ich dem X aus Kauf schuldig bin, Anhalt geben.

94) Die in der Literatur gebrauchten Redewendungen könnten zwar manchmal zu Zweifeln Anlaß geben. So sagt Planck-André zweimal (Vorbemerkung zu § 780—782 Z. 2 und zu § 781 2a Abs. 2), Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis unterscheiden sich dadurch, daß beim ersten eine Verbindlichkeit neu begründet, beim zweiten eine bestehende anerkannt werde. Aber beidemal wird hervorgehoben, daß dieser Unterschied mehr formeller oder wesentlich nur theoretischer Natur sei (also doch wohl nur die Fassung betreffe) und unmittelbar daneben wird gesagt, daß das Schuldanerkenntnis eine abstrakte Verbindlichkeit erzeuge. Wenn Cosack § 161 I, 1, lit. a sagt, daß das Anerkenntnis angeblich an den bestehenden Rechtsverhältnissen nichts ändern wolle, so wird damit doch wohl implicite ausgedrückt, daß in Wahrheit neue Obligationen geschaffen werden. Deutlich vor allem Hegler, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis u. Verzicht S. 45, der auch die communis opinio in demselben Sinne wie der Text feststellt.

es vorhanden war und durch das Anerkenntnis die Durchführung erleichtert oder sichergestellt werden sollte. Daß das Gesetz auch bei den Anerkenntnissen an eine verpflichtende Wirkung denkt, ergibt sich aus der ganzen Stellung des Paragraphen sowie aus der gesamten Dogmen- und speziell Gesetzgebungsgeschichte. Es ist wiederholt, so u. a. in den Motiven (II 690) ausgesprochen worden, daß der Unterschied in der Ausdrucksweise zwischen Anerkenntnis und Schuldversprechen, der oft nur ein rein zufälliger sei, unmöglich Anlaß für eine verschiedene rechtliche Behandlung bieten könne.

Das einzige was der Anerkenntnisvertrag, abgesehen von der Neubegründung einer selbständigen Obligation, wirken könnte, wäre eine zwar nicht auf das prozessuale Nichtbestreiten beschränkte, aber doch immerhin prozeßwirksame Feststellung. Nun ist aber gerade der bestrittenen Frage, ob derartige auf dem Grenzgebiet zwischen Privatrecht und Prozeß stehende Verträge überhaupt möglich seien, dadurch auszuweichen gesucht worden, daß man das Anerkenntnis auf rein materiellrechtlichen Boden stellte, und dann konnte allerdings die Wirkung nur Obligationsbegründung sein.

Ebensowenig wie bei den Schuldversprechen darf man bei den Anerkenntnissen verlangen, daß die Parteiabsicht speziell auf Obligationsbegründung gerichtet sei. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes. Aus demselben erhellt, daß auch, wenn die Parteien an vertragsmäßige Feststellung gedacht haben sollten, der Tatbestand des § 781 gegeben sein kann. Erforderlich ist lediglich, daß die Neuverpflichtung mit den von den Parteien verfolgten Hilfsgeschäftszwecken harmoniert.

Diese Hilfsgeschäftszwecke können ganz dieselben sein wie beim Schuldversprechen. Es ist also dem Anerkenntnis im Sinn des § 781 durchaus nicht wesentlich, daß die Parteien in Wahrheit auf eine causa praecedens, deren Durch-

führung sie erleichtern oder sichern wollen, abstellen. Gerade so gut kann die Absicht dahin gehen, eine im Moment des Geschäftsabschlusses erst zu erzeugende Grundobligation, z. B. eine Bürgschafts- oder Schenkungsverpflichtung zu decken. Die Bezugnahme auf eine angebliche causa praecedens ist in solchen Fällen eben nur eine scheinbare [95]). Ebensowenig darf man davon ausgehen, daß beim Anerkenntnisvertrag speziell an den Zweck irgendwelcher Feststellung oder Außerstreitsetzung zu denken sei, wenn auch eine solche Parteiabsicht bei den Schuldanerkenntnissen häufiger als bei den Schuldversprechen zugrund liegen mag.

Freilich kann man auch noch in einem andern Sinn von Anerkennungsverträgen reden. Man kann auf den Geschäftszweck der Außerstreitsetzung (sei es, daß dieselbe sich auf die Obligation im ganzen oder auf einzelne Punkte beziehen soll) abstellen. Dann kommt es auf die Form der Willenserklärung, ob gesagt wird „ich verspreche" oder „ich anerkenne" nicht an. Es können sowohl Verträge nach § 780 als solche nach 781 Anerkenntnisse in diesem Sinne enthalten.

Wenn man von dieser Begriffsbildung ausgeht, ist es zulässig, die Anerkennungsverträge als besondere Hilfsgeschäfte mit eigenartigen Geschäftszwecken vom Schuldversprechen loszulösen und mit dem Vergleich, etwa unter der gemeinsamen Rubrik „Feststellungsgeschäfte" zusammenzubringen [96]).

---

95) Ob dabei durch die Bezugnahme eine bestimmte Modifikation der neu zu begründenden Schuld herbeigeführt werden soll, ist eine Frage für sich, die hier noch nicht zu untersuchen ist.

96) So Cosack, Lehrbuch § 161, Zitelmann, das Recht des BGB., allgemeiner Teil S. 143 ff. Dennoch ist es zweifelhaft, ob beide Schriftsteller wirklich die im Text genannte Auffassung zugrund legen. Denn Zitelmann zieht unbedenklich die Fälle, in denen das Anerkenntnis einen beliebigen andern Zweck verfolgt, mit zur Betrachtung (S. 147. 4 l. a). Cosack spricht ebenfalls davon,

Unzweifelhaft ist dies aber nicht die Begriffsbildung des Gesetzbuchs. Dasselbe faßt vielmehr die Fälle des § 780 und 781 als völlig einander parallel laufende auf. Sie unterscheiden sich weder durch die Wirkung noch durch die zugrund liegenden Parteizwecke, sondern lediglich durch die Form. Es kommt lediglich darauf an, ob der Schuldner gesagt hat, „ich verspreche" oder „ich anerkenne", bezw. ob er eine dem einen oder andern Ausdruck synonyme Redewendung gebraucht hat [79]). Dabei ist indessen noch zu berücksichtigen, daß der Unterschied insofern ein fließender ist, als beide Formen kombiniert werden können, wie z. B. in einem Schuldschein folgenden Inhalts: „Ich bekenne Herrn X für gelieferte Ware 1000 Mk. zu schulden und verspreche diese Summe nebst 4 % Zinsen vom heutigen Datum ab am 1. Juli 1905 zu bezahlen".

Unter Festhaltung dieser Auffassung wird es nicht allzu schwierig sein, das Anwendungsgebiet des § 781 abzugrenzen.

Die Hauptschwierigkeit bei der Abgrenzung dürfte hier in der Konstatierung des vertragsmäßigen Anerkenntnisses liegen. Die Verwechslung mit dem gewöhnlichen Beweisschuldschein liegt hier näher als beim Schuldversprechen. Entscheidend ist die Feststellung irgend einer beabsichtigten Hilfsgeschäftswirkung, die durch bloßen Beweisschuldschein nicht erreicht werden kann.

Gegenstand des Anerkenntnisses muß ein Schuldver-

---

daß das Geschäft trotz seiner konservativen Maske völlig neue Rechte und Verbindlichkeiten begründe (§ 161 IV 2).

97) Bei dieser Sachlage ist es m. E. nicht angezeigt, in einer Darstellung des Rechts des BGB. den Anerkenntnisvertrag getrennt vom selbständigen Schuldversprechen zur Darstellung zu bringen. Dies ist nur dann zu empfehlen, wenn man den Anerkenntnisvertrag in anderer Weise als das BGB. bestimmt, was aber in klarer und deutlicher Weise unter genauer Definition des Begriffs hervorgehoben werden müßte. (Eine solche Klarstellung ist namentlich bei Cosack a. a. O. zu vermissen.) Richtig in dieser Beziehung Collatz in Jhs. Jahrb. 40 S. 127.

hältnis sein. Daraus ergibt sich, daß ein lediglich auf einen Rechtsgeschäftstatbestand bezogenes Anerkenntnis nicht unter § 781 fällt, so z. B. das Anerkenntnis, eine bestimmte Ware gekauft zu haben. Aber freilich, auch bei einem scheinbar auf einen Tatbestand bezogenen Anerkenntnis, z. B. dem Anerkenntnis, 1000 Mk. als Darlehen erhalten zu haben, kann die Auslegung ergeben, daß die Parteien in Wahrheit eine vertragsmäßige Fixierung des Schuldverhältnisses beabsichtigten.

Daß irgendwelche Bezugnahme auf das Kausalverhältnis stattfindet, ist bei den Anerkenntnissen durchgängige Regel. Die rein abstrakt gefaßten Anerkenntnisse „Ich bekenne, dem X 1000 Mk. schuldig zu sein", werden im Verkehr, wenn überhaupt, so doch äußerst selten vorkommen. Begrifflich auszuschließen sind sie nicht, und ebensowenig darf man nach dem Ausgeführten einen solchen Schuldschein unter den Begriff des Schuldversprechens im Sinn des § 780 subsumieren [98]).

Wie beim Schuldversprechen, so entsteht beim Anerkenntnis die Frage, ob der Verpflichtungsgrund (das Kausalverhältnis) mit genauer Individualisierung bezeichnet sein dürfe. Auch hier ist, wie dort, die Frage zu bejahen, und zwar aus denselben Gründen und in denselben Fällen.

Eine andere Frage ist, ob bei den Anerkenntnissen in gleicher Weise wie bei den Schuldversprechen Bedingungen eingefügt werden können und ob speziell die Bedingung auf eine Leistung des Gegners oder auf ein Anerkenntnis desselben abgestellt werden dürfe. In Zusammenhang damit steht dann die sowohl bei Cosack als bei Zitelmann [99]) aufgeworfene Frage nach den gegenseitigen Anerkenntnissen.

---

98) Die Frage, wie früher in der gemeinrechtlichen Terminologie die Abgrenzung zu vollziehen war, interessiert hier nicht.

99) Cosack § 161 I, 1 Abs. 4. Zitelmann, das Recht des BGB. S. 147.

Sieht man in dem Anerkenntnis ebenso wie im Schuldversprechen eine Obligationsbegründung, so wird gegen die Zulassung von Bedingungen nichts einzuwenden sein. Ein Schuldschein des Inhalts: „Wenn X mir bis zum 12. Juli noch 100 Doppelzentner Kohlen geliefert haben wird, so anerkenne ich, ihm aus verschiedenen Kohlenkäufen 2000 Mk. schuldig geworden zu sein", wird ebenso als selbständiger Obligierungsakt funktionieren, wie ein entsprechend gefaßtes Schuldversprechen. Allerdings scheint ja die Anerkenntnisform gerade dieser Fassung insofern zu widerstreiten, als Wahrheitserklärungen nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden können[100]). Allein eine Wahrheitserklärung liegt ja in Wirklichkeit nicht vor. Diese Ausdrucksweise ist ja bei den Schuldanerkenntnissen des § 781 in der Tat bloße Form.

Ebensowenig wäre gegen einen Anerkenntnisschuldschein des Inhalts: Ich anerkenne gegen Lieferung des Pferdes x bis zum 1. Juli 1905 900 Mk. Kaufgeld schuldig zu sein, etwas Stichhaltiges vorzubringen. Die Situation ist hier wiederum die gleiche wie beim korrespondierend gefaßten Schuldversprechen. Trotz der Abhängigkeit von einer Gegenleistung und trotz der Erkennbarkeit der zugrund liegenden Kaufcausa kann hier ein abstrakter Schuldvertrag vorliegen, auf Grund dessen der Gegner des Anerkennenden unter Nachweis seiner Leistung Klage erheben kann[101]).

Gibt man einmal die Möglichkeit von unter die Bedingung einer gegnerischen Leistung gesetzten Anerkenntnissen

---

100) Deshalb wird auch die Wahl dieser Form bei bedingten Obligationsbegründungen selten sein.

101) Es ist wohl kaum anzunehmen, daß Cosack hierin schon das Anerkenntnis eines gegenseitigen Schuldverhältnisses, das dann seiner Ansicht nach kein reiner Schuldvertrag mehr wäre, erblickt. Auf diesen Vertrag muß doch offenbar alles zur Anwendung kommen, was Cosack selbst in § 162 IV 1 für den „reinen Schuldvertrag" richtig ausführt.

zu, so wird man auch Anerkenntnisse, die selbst wieder auf ein Anerkenntnis des Gegners abstellen, nicht ausschließen dürfen. Es kann also auch die Ausstellung eines Schuldscheins folgenden Inhalts: „Ich anerkenne die Darlehensforderung des X, wenn dieser meine Kaufpreisforderung anerkennt", als selbständig obligationsbegründender Akt aufzufassen sein. Ebenso ist es möglich, daß man anerkennt, 500 Mk. zu schulden, wenn der Gegner anerkenne, daß nicht eine größere Summe geschuldet werde. In allen diesen Fällen liegen bedingte, einseitige, selbständige Schuldverträge vor. Dies ist auch dann noch der Fall, wenn von beiden Seiten her derartige bedingte oder unbedingte Anerkenntniserklärungen abgegeben werden. Das einzelne Anerkenntnis vermag auch dann noch als selbständig obligationsbegründender Vertrag zu wirken.

Wo bleiben aber alsdann die Anerkenntnisse gegenseitiger Schuldverpflichtung Cosacks, die keine reinen (abstrakten) Schuldverträge mehr sein sollen? Dieselben dürften auf einer wohl wesentlich durch die Loslösung des Anerkenntnisvertrags vom Schuldversprechen bedingten Begriffsverschiebung beruhen. Möglich ist ja allerdings, daß zwischen den Parteien irgend welche Austauschverträge oder Vergleichsverträge abgeschlossen werden, die an sich formlos bindend wären, die sich aber in der Form von möglicherweise in ein und derselben Urkunde verlautbarten Anerkenntnisverträgen kundgeben. Es wird z. B. ein Tauschvertrag in der Weise geschlossen, daß A die Sache x, B die Sache y liefern zu müssen anerkennt. Oder bei einem Vergleich anerkennt A die bestrittene Kaufpreisforderung seines Gegners B, wogegen dieser die ebenfalls bestrittene Kaufpreisforderung des A bestätigt. Klar sollte nun aber vor allem sein, daß die Sachlage in diesen Fällen um kein Haar anders ist, als wenn das zugrund liegende Geschäft sich durch Schuldversprechen gemäß § 780 in Szene gesetzt

hätte. Im einen wie im andern Fall ist doch offenbar jenes Grundgeschäft von den zu seiner Durchführung abgeschlossenen Anerkenntnis- oder Schuldverträgen logisch zu unterscheiden. Das erstere muß, sobald man es im Ganzen betrachtet, als kausales oder synallagmatisches aufgefaßt werden. Die letzteren bleiben auch bei dieser Gestaltung einseitige Obligierungsakte. So auch, wenn eine beide Anerkenntnisse enthaltende Urkunde das Kausalverhältnis ersichtlich macht. Hier wird nur die Interpretationsfrage entstehen, ob wirklich zwei Anerkenntniserklärungen und nicht vielmehr ein einheitliches Beweisdokument oder eine einheitliche Vertragsreproduktion (s. o.) beabsichtigt war. — Daß die geschilderte Trennung der Begriffsbildung des Gesetzes entspricht, wird zur vollen Evidenz durch den § 782 bewiesen, der, obwohl der Vergleich als synallagmatischer Vertrag anerkannt ist, doch das in einem solchen enthaltene, auf eine vorausgesetzte Grundobligation bezogene Versprechen oder Anerkenntnis unter die abstrakten Schuldverträge der §§ 780 und 781 subsumiert.

Stellen wir endlich noch fest, daß auch auf Grund von Delegationen Anerkenntnisse einem Dritten gegenüber erfolgen könn'en, und daß unter Umständen durch die Wahl der Anerkenntnisform, z. B. durch das Anerkenntnis, von dem Dritten ein Darlehen erhalten zu haben, die Absicht des reinen Delegationsversprechens besonders deutlich hervortritt, so dürfte der vorläufige Ueberblick über die verschiedenen Verwendungsarten des Anerkenntnisses ebenfalls beendet sein.

Eine Ergänzung des Ausgeführten und ein weiterer Einblick in das Wesen aller dieser Verträge wird sich erst auf Grund einer Analysierung der verschiedenen denselben zugrund liegenden Geschäftszwecke ergeben können.

Zu dieser haben wir uns nunmehr zu wenden.

§ 3. Die Geschäftszwecke.

Es ist wohl in neuester Zeit die Ueberzeugung allgemein durchgedrungen, daß es auf jegliches Verständnis der abstrakten Schuldverträge verzichten heißt, wenn man von dem „abstrakten Verpflichtungswillen der Parteien“ auszugehen sucht. Derselbe kann weder zur legislativpolitischen Rechtfertigung der Zulassung solcher Verträge dienen [102]), noch irgendwie zur Abgrenzung oder zur Ermittlung der angemessenen Entscheidung einzelner Fragen verwertet werden.

Dabei können wir zunächst von dem abstrakten Verpflichtungswillen in dem Sinn, daß die Parteien die Vorstellung bilden würden, eine bestimmte Wirkung solle unabhängig von den weiteren Zweckvorstellungen gewollt sein, gänzlich Abstand nehmen. Daß es einen solchen Willen nicht gibt und nicht geben kann, ist längst überzeugend nachgewiesen [103]). Denkbar wäre dagegen allerdings der Parteiwille, daß eine Verpflichtung, die die Parteien zu irgend einem Zweck entstehen lassen wollen, zur Durchführung gebracht werde, ohne daß es gestattet wäre, nach jenem Zweck zu forschen, und ohne daß der Schuldner sich auf die Unerreichbarkeit oder Unzulässigkeit desselben berufen dürfte. Sobald die Rechtsordnung ein solches Verhalten ihrerseits bei entsprechend erklärtem Willen der Parteien in Aussicht stellt, läßt sich die Möglichkeit einer auf diese Wirkung gerichteten Parteiabsicht nicht mehr bestreiten. Allein tatsächlich wollen die Parteien nicht in dieser formalen Weise. Höchstens könnte es einmal einem in bestimmter Weise geschulten Juristen beikommen, eine solche Vorstellung auszubilden. Wollte das Gesetz auf einen derartigen Willen abstellen, so würde

---

102) Darüber ist insbesondere neuerdings zu vergleichen Steinbach a. a. O. S. 12 und 13.

103) S. z. B. Degenkolb, Verhandl. des 9. Juristentags III S. 96 ff. Neubecker a. a. O. S. 73. Kindel, das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, S. 99, 100. Klingmüller a. a. O. S. 58, 86.

es eine die große Masse der Geschäftsabschlüsse des realen Lebens überhaupt nicht berührende Vorschrift geben. Und noch weiter: um ein völliges Abstrahieren von der Causa, wie es bisher vorausgesetzt wurde, handelt es sich ja bei den abstrakten Geschäften gar nicht. In dieser Weise kann sich das Gesetz, wie schon wiederholt, in besonders klarer Weise von Kipp [104]), hervorgehoben wurde, das Forschen nach dem Rechtsgrund niemals untersagen lassen, wenn es überhaupt darauf bestehen will, Vorschriften aufzustellen, welche „die Vermögensgeschäfte von der Seite ihres Rechtsgrunds treffen", also bestimmte Vermögensschiebungen untersagen oder einschränken wollen. Die Abstraktion soll vielmehr nur eine provisorische oder teilweise sein. In irgend welcher Weise soll doch immer wieder, selbst beim Delegationsversprechen, auf die zugrund liegenden weiteren Zwecke rekurriert werden dürfen. Die Abstraktionswirkungen sind, wie wir noch sehen werden, recht verschiedenartige. Wollte man nun gar bei dieser Gestaltung den „Abstraktionswillen" maßgebend sein lassen, so müßte man sich denselben in einer Weise juristisch präzisiert denken, wie er im Leben niemals vorzukommen pflegt.

So ist es denn unbedingt erforderlich, daß man, wie wir das auch im bisherigen schon stillschweigend getan haben, auf die realen Verkehrszwecke, von denen die Parteien ausgehen und denen der Gesetzgeber durch seine Bestimmungen zur Durchführung verhelfen wollte, zurückzugreifen.

Es wird zunächst die Frage zu stellen sein, welche Parteizwecke, welche praktischen Lebensbedürfnisse überhaupt mit dem Rechtsinstitut der abstrakten Obligation in Verbindung gebracht werden können und tatsächlich in Verbindung gebracht worden sind [105]). Auf dieser Grundlage wird

---

104) Kipp, der Parteiwille unter der Herrschaft des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlanger Prorektoratsrede 1899.

105) Daß diese rechtspolitische Betrachtung vorangestellt werden

sich alsdann bestimmen lassen, in welcher Weise diese Zwecke auf die „rechtssatzgemäße Ausgestaltung" der Gesetzesparagraphen eingewirkt haben [106]).

Ueberblicken wir die bisherige Literatur, darunter die naturgemäß die rechtspolitischen Zwecke besonders scharf hervorhebenden Juristentagsverhandlungen [107]), so treten uns im wesentlichen 4 Gesichtspunkte entgegen, die freilich nicht immer in genügender Weise von einander getrennt gehalten werden [108]). Es sind:

1) Die Erleichterung der Klagbegründung für den Gläubiger, dem eine Klagerhebung ermöglicht werden soll, ohne daß er genötigt ist, auf das zugrunde liegende Kausalverhältnis zurückzugreifen.

2) Der Zweck der Feststellung oder Außerstreitsetzung zwischen den Parteien.

3) Zum Teil an diesen Feststellungszweck sich anschließend, der Zweck der Schuldabänderung oder Schuldumwandlung.

4) Die Begründung von Zahlungsaustauschforderungen, bei denen die Abstraktion von dem Kausalverhältnis zwischen ursprünglichem Gläubiger und Schuldner mit Rücksicht auf die Sicherstellung eines als Gläubiger eintretenden Dritten vorgenommen wird.

Stellen wir zunächst einmal den letztgenannten Zweck voran, so ergibt sich aus den Ausführungen des vorigen

---

muß, wenn man festen Boden unter die Füße bekommen will, hat mit vollem Recht Stampe hervorgehoben (einmal in der Rezension Klingmüllers, Zeitschrift für HR. Bd. 45 S. 561—567, und ferner in der daraus herausgewachsenen Abhandlung ebendaselbst S. 387 ff.).

106) Ausdruck Stampes a. a. O.

107) Verhandlungen des 8. deutschen Juristentags Bd. 2 S. 426 ff. und Verhandlungen des 9. Juristentags Bd. 1 S. 283, 309. Bd. 2 S. 94, 321.

108) Um die schärfere Scheidung haben sich namentlich Verdienste erworben: Munch-Petersen, loeftet og dets causa Kopenhagen 1896, und Wieland in seiner mehrfach zitierten Monographie über den Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen.

Paragraphen, daß in einem Fall allerdings die §§ 780 und 781 diesem Zweck zu dienen bestimmt sind, nämlich im Fall des auf Anweisung ergehenden reinen Delegationsversprechens. Hier ist es möglich, durch ein Versprechen oder Anerkenntnis gemäß §§ 780, 781 ein materiell abstraktes, d. h. weder vom Deckungs- noch vom Valutenverhältnis allein abhängiges Forderungsrecht zu erzeugen.

Nimmt man eine materiell-abstrakte Forderungsbegründung im Fall des Delegationsversprechens an, so wird man die Möglichkeit einer solchen auch bei dem einem Cessionar gegenüber nachträglich abgegebenen abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis zugeben müssen. Die Delegationssituation ist ja freilich vorüber, wenn cediert ist, aber trotzdem muß die Herstellung desselben Verhältnisses zwischen den Parteien auch jetzt noch möglich sein. Es besteht das Bedürfnis, den Cessionar auch noch nachträglich, nicht bloß für den Fall des Vorhandenseins von Einreden, sondern auch für den Fall vollständigen Fehlens der cedierten Forderung sicherstellen zu können. Auch hier handelt es sich, wie beim Delegationsversprechen, um eine Abstrahierung vom Deckungsverhältnis im Interesse eines gutgläubigen Dritterwerbers. Man will sich vorbehalten, die Mängel des Deckungsverhältnisses dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber noch geltend zu machen. Dazu muß natürlich dieser seine Zustimmung geben. Es ist also ein Zusammenwirken der 3 Beteiligten nötig, durch welches gleichsam die Cession redressiert und ein reines Delegationsversprechen an Stelle gesetzt wird.

Abgesehen von dieser besonderen Konstellation wird es freilich auch noch statthaft sein, daß der debitor cessus mittelst eines Anerkenntnisses gegenüber dem Cessionar auf die Einreden, die er gegen den Cedenten hätte, verzichtet. Diese Verzichtsabsicht wird jedoch, insbesondere soweit es sich um dem debitor cessus noch unbekannte Einreden han-

deln soll, besonders nachgewiesen werden müssen [109]).

Es fragt sich nun aber, ob der Zweck, materiell abstrakte Forderungsrechte zu schaffen, nicht auch noch in weiteren Fällen eine Rolle spielt. Können z. B. nicht auch mit Rücksicht auf später eintretende Dritte solche materiell abstrakten Forderungsrechte begründet werden? Ist es etwa speziell möglich, mittelst der §§ 780 und 781 Forderungen so zu begründen, daß sie im Fall der Veräußerung durch den Gläubiger an einen gutgläubigen Dritten jene materielle Abstraktheit erlangen? Oder sollte etwa gar jene Unmöglichkeit, dritten Erwerbern das Kausalverhältnis zum ursprünglichen Gläubiger entgegenzuhalten, ein für allemal nach den für die abstrakten Schuldverträge der §§ 780 und 781 geltenden Grundsätzen eingreifen? Die zuletzt gestellte Frage hängt mit der andern zusammen, in welcher Stellung sich der Cessionar einer Forderung aus abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnissen befindet. Da geht denn, wenn nicht alles täuscht, die allgemeine Meinung dahin, daß die regelmäßig [110]) zulässige Berufung auf die Nichtexistenz oder Mangelhaftigkeit des zugrund liegenden Kausalverhältnisses auch dem Cessionar gegenüber erfolgen dürfe. Man stützt das auf den Grundsatz des § 404, daß die Einwendungen gegen den Cedenten nach der Cession auch gegen den Cessionar funktionieren.

Eine andere Auffassung zeigt sich in der Abhandlung von Collatz über die ungerechtfertigte Bereicherung durch Begründung und Lösung von Schuldverhältnissen [111]). Col-

109) An diese letzteren Fälle denkt speziell Crome Bd. 2 § 200 Z. 4. Daß der Einredeverzicht bei Abgabe einer auf die Schuldsumme bezogenen Anerkenntniserklärung nicht zu vermuten sei, hebt er nicht ausdrücklich hervor. Es dürfte indessen trotzdem auch seiner Meinung entsprechen. (S. zu dem im Text Vorstehenden auch Bähr Anerkennung S. 145.)

110) Von den Fällen des Ausschlusses solcher Berufung infolge eingreifender Feststellungs- oder Einredeverzichtsabsicht sehen wir ab.

111) Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 127 ff. Der vollständige

latz nimmt an[112]), daß, wenn ein Schuldner einen Schuldschein gemäß § 780 oder 781 ausgestellt habe in der Erwartung einer dafür von ihm zu empfangenden Valuta, und der Versprechensempfänger nunmehr das für ihn entstandene Forderungsrecht übertrage, ohne die Valuta ausbezahlt zu haben, der Erwerber gegen den Schuldner durchdringe, außer im Fall unentgeltlicher Veräußerung, in dem der § 822 BGB. funktioniere. — Die Verteidigung des Schuldners gegenüber den Ansprüchen aus § 780 und 781 stütze sich auf den Bereicherungsgesichtspunkt, und die Bereicherungsansprüche des benachteiligten Schuldners richten sich, abgesehen von jenem Ausnahmefall des § 822, nur gegen den Versprechensempfänger. Dieselbe Auffassung findet sich wieder bei Steinbach[113]), der aber weder auf Collatz noch auf den gegen ihn laut gewordenen Widerspruch v. Tuhrs und Dernburgs[114]) Bezug nimmt, sondern seine Ansicht als eine keines weiteren Beweises bedürftige aufstellt. — Daß Hellwig in seinen Ausführungen auf S. 15 von Anspruch und Klagerecht diese Meinung teile, ist nicht anzunehmen. Er spricht daselbst allerdings von Dritten, denen gegenüber der Mangel der Causa nicht in Betracht komme. Aber wer solche Dritte sind, bestimmt er nicht. Offenbar denkt er an das abstrakte Versprechen zu Gunsten Dritter[115]).

Es scheint nun allerdings, als ob bei Collatz ein einfaches Uebersehen der Cessionsgrundsätze des § 404 vorliege, denn mit keinem Wort sucht er sich mit diesen Be-

---

Titel lautet: Zum Recht des BGB. Erster Beitrag. Zur Lehre vom Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und von der Quittung. Zweiter Beitrag: Ungerechtfertigte Bereicherung.

112) A. a. O. S. 148.

113) Abstraktes Schuldversprechen S. 10.

114) v. Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen S. 10 N. 16. Dernburg, die Schuldverhältnisse § 90. III. 1.

115) Darauf dürften seine Bemerkungen auf S. 273, 274 der Verträge auf Leistung an Dritte hinweisen.

stimmungen auseinanderzusetzen. Und fast möchte man versucht sein, dasselbe auch bei Steinbach anzunehmen.

Immerhin bedarf die Frage einer kurzen Erörterung. Denn an sich wäre es wohl denkbar, daß die Grundsätze des Cessionsrechts durch den § 822 in Verbindung mit § 821 ihrerseits modifiziert würden. Man könnte argumentieren, die Bereicherungseinreden gehen Hand in Hand mit den Bereicherungsklagen. Da die Bereicherungsklage nur gegen den beschenkten Dritten, und auch gegen ihn nur unter besonderen Voraussetzungen, geht, so ist eben von dem Grundsatz, daß der debitor cessus die Einreden, die zur Zeit der Cession gegen den Cedenten begründet waren, auch dem Cessionar entgegensetzen darf (§ 404), eine Ausnahme gemacht. — Dennoch wird kein Zweifel bestehen können, daß diese Auslegung unzulässig ist. Denn welche exorbitante Tragweite würde durch sie den Schuldscheinen beigelegt, die zunächst nur den Zweck hatten, dem Gläubiger die Verfolgung seines Anspruchs zu erleichtern? Jeder Käufer einer solchen Forderung, auch der schlechtgläubige, wäre auf Grund mündlicher ohne Vorlegung des Schuldscheins abgeschlossener Cession gedeckt[116]), während bei Ausstellung eines gewöhnlichen, nicht ein selbständiges Versprechen enthaltenden Schuldscheins — man bedenke auch die Schwierigkeit der Abgrenzung beider Fälle — nur die Cession unter Vorlegung der Urkunde einen gewissen beschränkten Schutz des gutgläubigen Erwerbers nach § 405 herbeiführen würde. Dafür, daß eine derartige keinerlei Bedürfnis entsprechende, das Schuldnerinteresse völlig preisgebende Regulierung im

116) Die Bereicherungsklagen richten sich nicht gegen entgeltliche Erwerber des Gegenstands der ungerechtfertigten Bereicherung, auch nicht gegen bösgläubige. Die Klage aus § 826 hat ihre besonderen Voraussetzungen. Dementsprechend wären auch die Einreden zu behandeln. Die Bereicherungseinrede als solche würde dem bösgläubigen Käufer nicht entgegenstehen. Eine ev. Einrede aus § 826 würde jedenfalls den fahrlässigen Käufer nicht treffen.

Sinn des Gesetzes gelegen hätte, läßt sich gar kein Anhalt beibringen. Die von Steinbach zitierte Bemerkung der Protokolle[117]), daß eine größere Annehmbarkeit des Forderungsrechts für dritte Erwerber schon dadurch herbeigeführt werde, daß der dritte Gläubiger sich nicht auf Erörterungen mit dem Schuldner über das ihm fremde Kausalverhältnis einzulassen brauche, kann in dieser Richtung gewiß nicht verwertet werden, selbst wenn man geneigt sein sollte, derartigen Materialienäußerungen erheblichere Bedeutung beizulegen. Dieselbe könnte etwa dahin verstanden werden, daß die Erleichterung der Klagbegründung die Cessibilität der Forderung steigere[118]). Ebenfalls möglich und wohl wahrscheinlicher ist, da die Erörterung an jener Stelle auch das Anweisungsaccept nennt, daß man lediglich an die auf dem Weg der §§ 780 u. 781 sich vollziehenden Delegationsversprechen und etwaige daran sich anschließende Fälle gedacht hat.

Kann nun aber etwa durch ausdrückliche Abmachung der Parteien herbeigeführt werden, daß den Cessionaren gegenüber eine Abstraktheit, so wie sie für die Cirkulationsfähigkeit der Obligation erforderlich wäre, entsteht? Auch das ist, soweit das Cessionsrecht zur Anwendung kommt, abzulehnen. Eine solche Vereinbarung ließe sich einmal denken als pactum zu Gunsten eventueller künftiger Cessionare, oder als sofortige Festsetzung einer absoluten, die Geltendmachung des Kausalverhältnisses vollständig ausschließenden Abstraktheit im Sinn der altrömischen Stipulation oder des Thölschen Summenversprechens. Das letztere Mittel hätte das Mißliche, daß man, um den Zweck der Deckung des Dritterwerbers zu erreichen, die unerwünschte Folge der sofortigen Ausscheidung der Kausalbeziehungen auch unter den kausal verbundenen Parteien in Kauf

117) Bd. 2 S. 502.

118) Eine gewisse Ungenauigkeit des Ausdrucks wäre dabei allerdings nicht zu bestreiten.

nehmen müßte. Außerdem würde mangels Ausbildung besonderer Formen schwer zu bestimmen sein, wann diese Parteiabsicht supponiert werden sollte. Mit dem ersteren pactum würden sich die Parteien, falls dasselbe zulässig sein sollte, auf den Boden des Vertrags zu Gunsten Dritter begeben. Die Dritterwerber würden alsdann gar nicht mehr als Cessionare, sondern als dem Schuldner durch nachträgliche Bestimmung aufgegebene Dritte erscheinen. Ob solche Verträge zu Gunsten Dritter zulässig sind und welche Wirkung sie haben, wird sofort in anderem Zusammenhang zu untersuchen sein.

Nur in einem Fall erhält der Cessionar eine gesicherte Stellung gegenüber dem Schuldner aus einem selbständigen Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis, nämlich beim Eingreifen einer Simulation, wenn unter Vorlegung der Schuldurkunde cediert ist. An derartige Fälle erinnert Collatz in dem auf S. 149 Abs. 2 zur Unterstützung seiner, wie wir nun gesehen haben, irrigen Ansicht herangezogenen Beispiel. Er setzt den Fall, daß ein Schenker unter Beiseitelassung der gerichtlichen oder notariellen Form einen Darlehensschuldschein ausstellt und daß nun der vermeintliche Darlehensanspruch an einen redlichen Erwerber veräußert wird. Er findet es eine grobe Unbilligkeit, wenn nun der Schenker dem redlichen Erwerber den Mangel der Form entgegenhalten dürfte, und meint, nur vom Standpunkt seiner Ansicht aus, daß eben der Aussteller eines abstrakten Schuldscheins nur einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger desselben habe, könne dies vermieden werden. Hiebei wird das Prinzip des § 405 BGB. außer Acht gelassen. Mit Hilfe desselben kommt auch die herrschende Ansicht zur Abweisung jener Einrede des Schenkers, sobald sich der Cessionar, was jeder vorsichtige Mann tun wird, den Schuldschein hat zeigen lassen. Das Darlehen, durch welches die Schenkung verschleiert werden soll, ist ja offensichtlich ein simuliertes Geschäft. Der § 405 funktioniert

sinngemäß nicht bloß in den Fällen, in denen ein Forderungsrecht simuliert wird, das nach Absicht der Parteien überhaupt nicht bestehen soll, sondern auch da, wo die Parteien übereinkommen, ein gesundes, an keinem Formfehler leidendes Geschäft nach außen vorzuspiegeln, während in Wahrheit ein krankes abgeschlossen wurde. Ob dabei die Parteien die Krankheit des dissimulierten Geschäfts kennen oder auch nur kennen sollten, muß gleichgültig sein, da der § 405 nicht auf ein Verschulden gegenüber den dritten getäuschten Personen abstellt.

Dagegen wird man in den Fällen, in denen der Schenker einen indiskreten Schuldschein ausstellt, nur dann von Simulation reden dürfen, wenn die Parteien sich bewußt sind, daß in Wahrheit nichts geschuldet wird. Wenn das Gesetz in § 405 die zum Schein erfolgte Anerkennung besonders hervorhebt, so hat es dabei nur die Fälle im Auge, in denen bewußt etwas falsches anerkannt wird. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut.

Das also gewonnene Resultat läßt sich auch vom Standpunkt der Interessenabwägung aus rechtfertigen. Während der Cessionar einer indiskret lautenden Forderung noch Anlaß hat, sich nach dem wirklich zugrund liegenden Kausalverhältnis zu erkundigen, wird man dem Erwerber einer auf eine bestimmte causa basierten Forderung nur zumuten dürfen, daß er die durch jene nahegelegten Erkundigungen einzieht[119]). Mit dem Fall der vorgespiegelten causa soll er nicht zu rechnen brauchen.

Eine ganz andere Frage ist, ob nicht auf dem Weg des Vertrags zu Gunsten Dritter, solche dem Dritten gegenüber materiell abstrakten Obligationen begründet werden können. Hier schlagen die interessanten Untersuchungen von Hell-

119) Also z. B. wenn ein erst kürzlich ausgestellter Darlehensschuldschein vorliegt, der nicht ausdrücklich die valuta als an einem früheren Datum erhalten bezeichnet, ob die letztere beschafft sei.

wig[120]) über den abstrakten Vertrag zu Gunsten Dritter ein. Zu denken wäre an Fälle wie folgende: „Ich bekenne hiemit Herrn A 1000 Mk. schuldig zu sein und verspreche diese Summe am 1. Januar 1899 an Herrn X zu bezahlen", oder einfach: „Ich verspreche hiermit dem Herrn A, an Herrn X am 1. Januar 1899 die Summe von 1000 Mk. zu zahlen". Hellwig nimmt an, daß auf Grund des § 334 hier dem Dritten die Einwendungen aus dem zwischen den Kontrahenten bestehenden oder doch vorausgesetzten Schuldverhältnisse nicht entgegenstehen. Nur solche Einwendungen, welche auf den Inhalt des abstrakten Schuldversprechens sich stützen, wie z. B. auf die Klausel „Irrtum vorbehalten" beim Versprechen der Abführung eines Saldo an einen Dritten, sollen zulässig sein.

Mir scheint diese Ansicht zu weit zu gehen. Hellwig unterstellt ohne weiteres bei allen diesen Verträgen, daß die Kontrahenten durch Isolierung des Versprechens von seiner causa im Bewußtsein der Relevanz für einen Dritten gezeigt haben, daß diesem gegenüber auf den Schuldgrund nicht zurückgegriffen werden solle. Er legt also schlechthin eine Zahlungsaustauschabsicht wie beim Delegationsversprechen zu Grund. Dies dürfte den Tatsachen nicht entsprechen. Der lediglich mit seinem Gläubiger verhandelnde Schuldner braucht sich nicht in gleicher Weise wie beim Versprechen an den Dritten die Interessen des letzteren zu vergegenwärtigen. Er kann bei Ausstellung eines solchen Schuldscheins lediglich die Absicht haben, das, was er schuldet, einem Dritten zu zahlen und diesem ebenso wie er es seinem Gläubiger gegenüber getan haben würde, eine Klagerleichterung zu gewähren. Eine bestimmte Verkehrsbedeutung des Summenversprechens hat sich beim Vertrag zu Gunsten Dritter nicht in gleicher Weise wie beim Delegationsversprechen an den Dritten ausgebildet. Ob und in welcher

120) Verträge auf Leistung an Dritte S. 270 ff.

Weise bei einem derartigen zunächst dem Gläubiger ausgestellten Schuldschein auf den Schuldgrund Bezug genommen wird, ob z. B. bei einer Abrechnung der Saldo als solcher benannt und etwa noch die Klausel „Irrtum vorbehalten" hinzugefügt wird, ist Sache des Zufalls. Der Schuldner pflegt, wenn er dem Gläubiger den Schuldschein ausfolgt, mit einer Verständigung des Dritten durch diesen zu rechnen. Deshalb wäre es in einer großen Zahl von Fällen eine Vergewaltigung des Schuldners, wenn man ihm Delegationsversprechensabsicht unterschieben und deshalb die Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis abschneiden wollte. Der Wortlaut des § 334 nötigt dazu in keiner Weise. Ob man die betreffenden Einwendungen als Einwendungen „aus dem Vertrage" bezeichnen kann, hängt doch lediglich davon ab, welche Bedeutung und welchen Sinn man dem abstrakten Vertrage beilegt. Sieht man in ihm lediglich ein zum Zweck der Klagerleichterung abgegebenes Versprechen, so ist die Hervorziehung des Kausalverhältnisses durch den Schuldner, die diesem, wenn auch durch Vermittlung der Bereicherungsexzeption, freigehalten werden sollte, ebenfalls eine Einwendung bezw. Einrede aus dem Vertrag.

Aber, so wird man weiter fragen müssen, kann denn nicht wenigstens bei solchen Verträgen die Absicht, dem Dritten eine delegationsmäßig abstrakte Forderung zu verschaffen, zugrund liegen? Ist es nicht auch oft reiner Zufall, daß statt des Delegationswegs dieser Weg des abstrakten Vertrags zu Gunsten Dritter gewählt wurde? Die Möglichkeit solcher Situation läßt sich gewiß nicht leugnen, und es ist deshalb wohl zu erwägen, ob nicht die Hellwigsche Ansicht wenigstens in dem Sinn aufrecht zu erhalten wäre, daß bei Nachweis entsprechender Absicht die Einwendungen aus dem Kausalverhältnis zwischen den Kontrahenten in Wegfall kommen. Daran knüpft sich die weitere interessante Frage, ob nicht jene Absicht speziell da anzunehmen

wäre, wo, was zweifellos möglich, der Stipulant sich die Bestimmung des Dritten, an den zu leisten wäre, vorbehält, oder wo gar abgemacht wird, daß an denjenigen Dritten zu leisten ist, „welcher von dem Stipulanten oder von dem von diesem bestimmten Erstberechtigten oder dessen Nachfolgern bezeichnet und durch Uebergabe der Urkunde, sei es allein, sei es in Verbindung mit einer besonderen Erklärung (z. B. Indossament), legitimiert werden wird“ [121]). Oder speziell gefragt, ermöglicht nicht die Kombination der Grundsätze über die abstrakten Verträge mit denjenigen der Verträge zu Gunsten Dritter ein ziviles Orderpapier mit der Wirkung delegationsmäßiger Abstraktheit?

Fassen wir zunächst einmal die zuletzt aufgeworfene Frage ins Auge, so dürfte jedenfalls wieder so viel sicher sein, daß aus der Abmachung, es solle ein Dritter in einer der geschilderten Weisen als Gläubiger bestimmt werden können, zusammen mit der abstrakten Fassung des Versprechens sich noch immer nicht mit Sicherheit eine auf Schaffung delegationsmäßiger Abstraktheit gerichtete Parteiabsicht ergibt. Selbst die Worte, „ich zahle oder leiste an Order“ haben außerhalb des kaufmännischen Verkehrs keine so feststehende Bedeutung, daß man dem Privatmann, der sie, vielleicht auf Andrängen seines Gläubigers, gebraucht, ohne weiteres die genannte Bedeutung unterlegen dürfte. Man würde demnach auch bei Beifügung der Orderklausel auf von Nichtkaufleuten ausgestellten Schuldscheinen dem Aussteller die Geltendmachung seiner Einreden aus dem Kausalverhältnis zum Stipulanten mindestens im Zweifel vorbehalten müssen. — Damit ist aber freilich noch immer keine Entscheidung getroffen für die Fälle, in denen, was immerhin vorkommen kann, die Parteiabsicht, ein delegationsmäßig abstraktes Forderungsrecht zu schaffen, unzweifelhaft fest-

121) S. Hellwig, die Verträge auf Leistung an Dritte S. 231 (die eingeklammerten Worte sind eine Einschaltung des Verfassers).

steht. — Hier dürfte indessen immer noch die wohl allgemein anerkannte Exklusivität der Bestimmungen des HGB. über die Orderpapiere entgegenstehen. Der Sinn des § 363 und 364 HGB. ist, daß nur bei kaufmännischen Verpflichtungsscheinen und Anweisungsakzepten die im § 364 normierte Abstraktheit der Schuld dem Indossatar gegenüber soll entstehen können. Diese Exklusivität hat auch ihren guten Grund. Sie beruht auf der Kombination zweier Erwägungen. Einmal wollte man dem mit der Bedeutung des Orderpapiers nicht genügend vertrauten Nichtkaufmann, nicht schlankweg die verschärfte Haftung des § 364 HGB. oktroyieren, wenn er den Schuldschein an Order gestellt oder sonst zu erkennen gegeben hat, daß er an einen noch zu bestimmenden Dritten zahlen will[122]). Auf der andern Seite durfte man im Interesse der Verkehrssicherheit die betreffende Haftung nicht von einer im einzelnen Fall vorzunehmenden Willensinterpretation abhängig machen. Der Erwerber eines solchen Papiers ist nicht in der Lage, diese Interpretation mit Sicherheit vorzunehmen. Eine Zulassung ziviler Orderpapiere mit delegationsmäßiger Abstraktheit, wenn die Parteien sie gewollt, könnte zur Folge haben, daß durch Einbringen solcher dubiöser Papiere in den kaufmännischen Verkehr auch die Sicherheit dieses letzteren gefährdet würde[123]).

---

122) Dies hat weniger Bedenken beim Inhaberpapier, namentlich wenn man den wichtigsten Fall des auf Geld lautenden Inhaberpapiers noch an weitere Voraussetzungen bindet. Beim Inhaberpapier ist dies Bedürfnis der Zirkulationsfähigkeit jedem Aussteller evident.

123) Allerdings werden ja wohl auch jetzt unter Umständen Mißstände entstehen können, wenn die Kaufmannsqualität des Ausstellers zweifelhaft ist oder das Fehlen derselben unentdeckt bleibt. Allein das werden immerhin sehr seltene Fälle sein, da auf Grund der lex lata der Anreiz für die Gläubiger fehlen wird, sich von Nichtkaufleuten solche Schuldverschreibungen an Order ausstellen zu lassen und sie in Verkehr zu bringen.

Die im Text dargelegte Ansicht würde zur Folge haben, daß auch die einem reinen Delegationsversprechen beigefügte Orderklausel nicht die Wirkung hätte, den Rechtsnachfolger vom Recht des ersten Nehmers

Diese Gründe der Verkehrssicherheit dürften zur Zeit aber auch dagegen sprechen, bei den gewöhnlichen abstrakten Verträgen zugunsten Dritter delegationsmäßige Abstraktheit je nach dem Willen der Parteien anzunehmen. So lange kein dringendes Verkehrsbedürfnis sich geltend macht und bestimmte Formen schafft, aus denen die Parteiabsicht ein materiell abstraktes Forderungsrecht des Dritten zu erzeugen mit einiger Sicherheit zu entnehmen ist, wird es angemessener sein, an der Ablehnung der delegationsmäßigen Abstraktheit bei den Verträgen zugunsten Dritter festzuhalten. Denn bei Abstellung auf konkrete Willensinterpretation entsteht auch hier leicht Rechtsunsicherheit, vielleicht weniger bei dem erstbeteiligten Dritten als bei dessen Cessionaren. Da ist es besser, wenn man die Nehmer solcher Scheine ein für allemal veranlaßt, damit zu rechnen, daß sie von dem ursprünglich zugrund liegenden Kausalverhältnis abhängig sind und sich daher danach erkundigen müssen [124]).

Das eine allerdings wird Hellwig zugegeben werden müssen, daß von einer völligen Unmöglichkeit, die §§ 780 und 781 zur Erzeugung materiell abstrakter Obligationen zugunsten Dritter zu verwenden, keine Rede sein kann. Dienen sie diesem Zweck im Fall des Delegationsversprechens, so ist, den Nachweis des Bedürfnisses, den wir bis jetzt noch vermissen, vorausgesetzt, nichts Entscheidendes gegen eine entsprechende Funktion im Fall des Vertrags zugunsten Dritter vorzubringen. Es dürfte deshalb freie Bahn für

---

unabhängig zu stellen. Hier ist die Frage aber deshalb ziemlich bedeutungslos, weil schon der Delegatar selbst den Schutz der materiellen Abstraktheit genießt.

124) Bei dieser Normierung kann zwar einmal der Rechtsunkundige Schaden leiden, der fälschlich materielle Abstraktheit annimmt und sich deshalb nicht nach dem Kausalverhältnis erkundigt. Allein der mißlichen Willensinterpretation, bei der oft auch der Sorgsame zu unrichtigen Resultaten gelangt, ist man überhoben.

eine derartige Entwickelung in der Zukunft gegeben sein.

So kämen wir zu dem Resultat, daß die §§ 780 und 781 dem Zweck Zahlungsaustauschobligationen zu schaffen nur in der Delegationssituation zu dienen vermögen, daß die auf Grund dieser Paragraphen ausgestellten Schuldscheine mithin nicht bestimmt sind als zirkulationsfähige Papiere i. e. S. zu funktionieren.

Auf besonderem Feld steht die Frage, ob nicht bei solchen abstrakten Verträgen zugunsten Dritter oder bei abstrakten Verträgen, die die Weiterveräußerung des Forderungsrechts in Aussicht nehmen, gewisse Bemängelungen aus dem Kausalverhältnis abgeschnitten werden können, dadurch, daß der Schuldner mit Rücksicht auf den Dritten auf Einreden, insbesondere ihm bekannte Einreden, etwa eine exceptio non adimpleti contractus oder auf eine exceptio redhibitoria oder quanti minoris Verzicht leistet. Das ist unzweifelhaft zuzugeben. Mit Hilfe dieses Mittels kann denn auch die Verkehrsfähigkeit der abstrakten Obligationen sehr erheblich gesteigert werden, obwohl die völlige Abstraktion vom ursprünglichen Kausalverhältnis ausgeschlossen ist. Es führt uns dies jedoch schon zu der Betrachtung der weiteren Zwecke, die wir oben als Feststellungszwecke und Schuldabänderungszwecke bezeichnet haben.

Die Klarstellung der verschiedenen Arten von Feststellungsgeschäften macht deshalb große Schwierigkeiten, weil hier gerade die Verquickung mit dem abstrakten Schuldvertrag der genaueren Analysierung Hindernisse bereitet und deshalb verhältnismäßig wenig Vorarbeit geleistet ist. Zum Teil wird diese und die Schuldabänderungs-Funktion der abstrakten Schuldverträge ganz ignoriert. So z. B. von Jung, der in seiner Rezension der Klingmüllerschen Schrift über den Rechtsgrund[125]) nur die beiden Funktionen der

---

125) Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 46 S. 224.

Schaffung größerer Verkehrsfähigkeit der Forderung und der Verschiebung der Beweislast — auch das ist, wie wir sehen werden, zu eng — hervorhebt. So ferner von seiten der gegen die Normierung des BGB. erhobenen Opposition, z. B. bei Neubecker[126]). Allein auch wo mit solchen Fällen materieller Feststellung gerechnet wird, wo von Außerstreitsetzung oder Ausscheidung von Krankheitsstoff oder einer Abschneidung von Einwendungen die Rede ist [127]), erfolgt keine vollständige Analysierung der betreffenden Geschäfte. Meistens fließen sie mit den Verträgen, bei denen nur die erleichterte Durchführung einer vorausgesetzten Grundobligation bezweckt wird, zu unentwirrbarem Chaos zusammen [128]). Die beachtenswertesten Ansätze zur eindringenderen Erfassung wenigstens eines Teiles der hierher gehörigen Vorgänge finden sich in Zitelmanns Ausführungen über die Anerkennung [129]). Störend wirkt hier nur die Zusammenfassung mit ganz anders gearteten Fällen unter der gemeinsamen Rubrik des Anerkennungsvertrags.

Versuchen wir zu einer Gruppierung der sehr verschiedenartigen Fälle zu gelangen, so tritt uns zunächst eine Gruppe von Verträgen entgegen, die wir als Feststellungsverträge i. e. S. bezeichnen wollen. Der oft gebrauchte Ausdruck „Anerkennungsverträge" [130]) wird wegen der Kollision mit der Terminologie des § 781 und wegen der Zweifelhaftigkeit der Abgrenzung dieses Begriffs in der bisherigen Literatur besser vermieden. Gemeinsam ist diesen Feststellungsverträgen die Parteiabsicht der Außerstreitsetzung. Ihr

---

126) Arch. für bürg. Recht Bd. 22. Außer der kurzen Bemerkung auf S. 72 vorletzter Absatz findet sich kein Eingehen auf die Fälle.

127) Siehe namentlich Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 46. Jhering in seinen Referaten und Ausführungen für den 8. und 9. Juristentag.

128) So namentlich in den Materialien.

129) Allgemeiner Teil S. 144 ff.

130) S. o. Text bei Note 96.

unzweifelhaftester und zugleich häufigster Fall ist die vergleichsmäßige Feststellung einer Forderung [131]). An ihn schließen sich andere bloß vergleichsähnliche Feststellungen an, nicht ganz unzweifelhaft in welchem Umfang [132]). Der Inhalt der Feststellung soll dem ganzen künftigen Verhältnis der Parteien zugrund gelegt, weder gerichtlich noch außergerichtlich bestritten werden [133]). So entspricht es, wenn nicht dem klar ausgedachten Willen, so doch der Interessenlage der Parteien.

Die Möglichkeit und Tatsächlichkeit einer derartigen Parteiabsicht — das Wort in dem soeben definierten Sinne genommen — kann mit Fug nicht bestritten werden. Man wird sich an der Annahme einer solchen auch durch die neuerlichen Ausführungen Heglers [134]) nicht irre machen lassen dürfen, die im wesentlichen auf einer Verwechslung zweier Fragestellungen, der Frage nach der vorhandenen empirischen Parteiabsicht einerseits, nach der Art und Weise der rechtlichen Sanktion andererseits, beruhen.

Hegler erhebt prinzipiellen Widerspruch gegen die ganze Kategorie der privatrechtlichen Feststellungsgeschäfte und führt aus, daß eine Feststellung, wie sie durch das Urteil erfolgt, niemals durch Rechtsgeschäft der Parteien herbeigeführt werden könne. Ein solcher Vertrag, der nur kon-

---

131) Die Fälle der vergleichsmäßigen Neubegründung einer Forderung, bei der die Parteien nicht eine vorausgesetzte irgendwie unsicher gewordene Forderung fixieren wollen, stehen auf anderem Boden.

132) S. darüber unten.

133) Bezieht sich der Feststellungsvertrag auf das Schuldverhältnis in seinem ganzen Umfang und nicht bloß auf einzelne Punkte, so könnte man auch allenfalls sagen, der Schuldner wolle sich verpflichten unabhängig von dem Bestehen der vorausgesetzten Grundobligation. Durchaus mißverständlich ist es aber, wenn Landsberg (Lehrbuch I § 117 I 4, c. S. 391) eine derartige Wendung für alle Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse gebraucht.

134) A. Hegler, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht. (Tübingen 1903.)

stitutiv nicht deklarativ wirke, vermöge das Rechtsverhältnis nicht rückwirkend zu schaffen.

Nun ist ja Hegler wohl zuzugeben, daß es nach unserem geltenden Recht Feststellungsverträge mit deklarativer Wirkung nicht gibt [135]), und daß insbesondere alle Verträge nach § 780 und 781, also auch die darunter zu subsumierenden Feststellungsgeschäfte, formell forderungsbegründend wirken. — Dies ist übrigens keineswegs ein etwa aus dem Wesen der Rechtsgeschäfte oder dem Wesen des Privatrechts im Gegensatz zum Prozeßrecht sich ergebendes naturrechtliches Postulat [136]), sondern nur Folge der Gestaltung des positiven Rechts, insbesondere der in den §§ 780 und 781 zugrunde gelegten Konstruktion. — Deshalb kann die Parteiabsicht doch primär auf Feststellung oder Außerstreitsetzung gehen. Es ist auch nicht ausgeschlossen im Sinn der Parteien von einer bezweckten Urteilssurrogatswirkung zu sprechen, wenn auch vielleicht dieser Ausdruck wegen seiner Mehrdeutigkeit besser zu vermeiden bleibt. Nur deshalb, weil diese Absicht nicht direkt sanktioniert wird, muß man sie in eine Obligationsbegründungsabsicht umdeuten. — Dieses Mittel der Begründung einer neuen selbständigen Obligation läßt sich auch in weiterem Maß, als bei Hegler hervortritt [137]), der Feststellungsabsicht der Parteien adaptieren. Auf dem Gebiet des Obligationenrechts kann immer abgemacht werden, daß man sich gegenseitig das gewähren wolle, was man zu gewähren hätte, wenn eine bestimmte

---

135) So trotz Planck zu § 368 Z. 5 lit. b. Der von ihm postulierte allgemeine Grundsatz der Vertragsfreiheit besteht über das Gebiet des § 305 BGB. hinaus nicht. S. darüber auch noch im folgenden Paragraphen.

136) Daß bei Hegler eine solche Anschauung vorhanden sei, soll nicht behauptet werden. Nur tritt auch nicht deutlich das Gegenteil hervor.

137) Allerdings macht Hegler selbst S. 88 gelegentlich auf die sofort zu besprechende Möglichkeit aufmerksam.

Obligation aus bestimmter causa schon früher entstanden wäre [138]). In dieser Weise sind denn auch diejenigen Feststellungsgeschäfte, bei denen die Absicht eine Wirkung ex tunc festzustellen hervortritt, zu interpretieren. Sobald bei einem Vergleich oder vergleichsähnlichen Geschäft die Anerkennungsform gewählt wird, dürfte die Vermutung für eine derartig rückwirkende Feststellungsabsicht sprechen, während bei den Feststellungsgeschäften, die neue Obligationen ex nunc schaffen wollen, regelmäßig die Versprechensform zugrund gelegt werden dürfte.

Suchen wir uns nunmehr einen Ueberblick über die verschiedenen Arten dieser Feststellungsgeschäfte i. e. S. zu verschaffen.

Den Ausgangspunkt bildet naturgemäß der Hauptfall dieser Verträge, der Vergleich. Ihm ist, wie aus dem Erfordernis des gegenseitigen Nachgebens (§ 779) folgt, wesentlich, daß der Anerkennende für sein Anerkenntnis irgend ein vertragsmäßiges Aequivalent erhält, mag dasselbe nun in einem Nachlaß, einem Zahlungsaufschub, einem Schuldanerkenntnis des Gegners oder irgend einer andern Gegenleistung bestehen. Wegen der Gegenseitigkeit der Gewährungen tritt bei diesen vergleichsmäßigen Feststellungen der vom eventuellen Schenkungszweck grundsätzlich verschiedene [139]) Feststellungszweck der Parteien aufs deutlichste hervor. Mit Fug könnte nur aus eben diesem Grunde die Frage aufgeworfen werden, ob denn diese vergleichsmäßigen Feststellungen in irgend einem Zusammenhang mit den abstrakten Schuldverträgen stehen. Liegt denn hier nicht wie bei andern synallagmatischen Verträgen eine kausale Obligationsbegründung vor? — Nach dem in § 1 Ausgeführten wäre gewiß die

---

138) § 141 Abs. 2. Ein praktischer Unterschied zwischen der dadurch herbeigeführten Wirkung und der Wirkung einer rückdatierenden Feststellung der Obligation läßt sich wohl schwerlich ausfindig machen.

139) S. auch Kipp Parteiwillen S. 11.

Möglichkeit gegeben, den Vergleich als kausales Hilfsgeschäft aufzufassen und ihn als solchen vollständig von den selbständigen Obligationsbegründungen loszulösen, so daß diese erst wieder in Frage kämen, wenn zum Zweck der Klagerleichterung ein von dem Vergleichszweck abstrahierender Schuldschein, vor allem eine cautio indiscreta, ausgestellt würde. Es kann jedoch — wie ebenfalls schon oben [140]) bemerkt — kein Zweifel darüber bestehen, daß der Gesetzgeber tatsächlich die vergleichsmäßigen Feststellungen, indem er sie aus dem Zusammenhang des Kausalgeschäfts herauslöste, als selbständige Obligierungen gefaßt und sie somit in Zusammenhang mit den abstrakten Schuldverträgen gebracht hat.

Zunächst an die vergleichsmäßigen Feststellungen schließen sich gewisse doppelseitige Anerkennungen [141]) an, denen wegen Fehlens eines beiderseitigen Nachgebens oder Fehlens von Streit, Ungewißheit, oder Unsicherheit der Verwirklichung der Vergleichscharakter im Sinn des § 779 BGB. abzusprechen ist [142]).

Zu denken ist an Fälle wie ff.: A, der durch unvorsichtiges Fahren mit Rad oder Automobil den B verletzt hat, wünscht mit demselben unter allen Umständen ins Reine zu kommen, sei es um der Unannehmlichkeit weiterer Feststellungen und weiteren Verhandelns zu entgehen, sei es aus Scheu vor einer entstellenden Darstellung in der sozialdemokratischen Presse oder auch nur, weil ihm der Gedanke unerträglich ist, nicht sofort das denkbar Mögliche zum Ausgleich des Schadens getan zu haben. Er anerkennt deshalb die ganze von B geforderte, sehr hoch gegriffene Summe und läßt sich von diesem erklären, daß er damit befriedigt sei. Oder A, der über einen Schuldbetrag zweifelte, läßt

140) Zu Beginn des § 2.

141) S. Zitelmann, Allg. Teil S. 147.

142) Die Abgrenzung wird wichtig bei der Frage des Formerfordernisses gemäß § 782.

sich von B so überzeugen, daß er die volle geforderte Summe anerkennt mit der ausdrücklichen Erklärung, daß B sich nun auf die künftige Zahlung dieser Summe verlassen könne. Derartiges wird namentlich bei Abrechnungen sowohl in Beziehung auf einzelne Posten als in Bezug auf den Saldo vorkommen können[143]). Oder er zweifelt zwar noch, hofft aber bei vollem Anerkenntnis auf Coulanz des Gegners hinsichtlich der Eintreibung. — Oder noch ein spezieller Fall: A nimmt als gewiß an, daß er dem B 500 Mk. schuldet, weiß aber nicht mehr sicher, ob es nicht 550 sind. Er stellt sich, als ob er nicht wüßte, ob es 450 oder 550 sind. B, der seinerseits annimmt, daß es 500 sind, überschaut das Manöver des A und stellt sich nun ebenfalls zweifelnd. Schließlich kommt es zu einem Anerkenntnis der 500, die A von Haus aus zahlen wollte und über die hinaus B nichts begehrte, unter gleichzeitiger Feststellung, daß damit die Angelegenheit erledigt sei (gegenseitig vorgespiegelter Vergleich).

In allen diesen Fällen dürften keine echten Vergleiche vorliegen[144]), dennoch aber eine bindende Feststellung in dem

143) Die Regel bildet es bekanntlich nicht.

144) Zitelmann, Allg. Teil S. 147 stellt bei der Unterscheidung von Vergleich und sonstigem doppelseitigem Anerkenntnis die beiden Fälle gegenüber: 1. daß jede Partei die Ueberzeugung von der Unrichtigkeit des ihrerseits Anerkannten habe. Dann soll Vergleich vorliegen. 2. Daß beide Parteien von der Richtigkeit des Anerkannten überzeugt seien. Dann nimmt er ein nicht vergleichsmäßiges Anerkenntnis an, das er, was hier zunächst noch nicht zur Betrachtung steht, unter den Gesichtspunkt der in solutum datio zu bringen sucht. Diese Gegenüberstellung ist mindestens nicht erschöpfend. Denn wenn auch richtig ist, daß bei Ueberzeugung von der Unrichtigkeit Vergleich vorliegt, so ist diese Ueberzeugung doch nicht notwendig. Es genügt der beiderseitige Zweifel, ob nicht in Wahrheit die eigene Position doch noch günstiger sei. Ebensowenig darf beim nichtvergleichsmäßigen Feststellungsvertrag auf die beiderseitige Ueberzeugung von der Richtigkeit des Anerkannten abgestellt werden. Zweifel über diese Richtigkeit können auf der einen oder andern oder auch auf beiden Seiten vorhanden sein. So z. B., wenn trotz Zweifels der ganze vom Gegner verlangte Schadensersatzbetrag, bei dem auch dieser zweifelt, ob er nicht zu hoch

Sinn beabsichtigt sein, daß die Behauptung, es war doch weniger, was ich schuldete, nicht mehr aufgestellt werden darf. Es wird wohl auch keinem Zweifel unterliegen, daß bei Einhaltung der Schriftform der §§ 780 und 781 die jener Parteiabsicht entsprechende Wirkung eintritt. Die betreffenden Fälle sind seit Bähr wiederholt in Verbindung mit der Anerkennungslehre gebracht worden und so ist denn auch anzunehmen, daß die Normierung der §§ 780 und 781 sich mit auf sie beziehen sollte. Ein Grund bei derartiger Sachlage dem Parteiwillen die Wirkung zu versagen, wäre wohl auch kaum ausfindig zu machen. Insbesondere darf nicht der Gedanke des Schutzes gegen voreilige Schenkungen hereingezogen werden. Man darf nicht etwa sagen, so lange auch nur ein Rest von Zweifel bleibe, sei doch der eventuelle animus donandi auf seiten des Anerkennenden und Versprechenden gegeben und deshalb sei bei Nichteinhaltung der Schenkungsform und Nichtbestehen der ursprünglichen Obligation in dem angegebenen Umfang auch kein Anspruch begründet. Sowohl durch die überwiegende Ueberzeugung von der Richtigkeit des Anerkannten als durch die, wenn auch nicht vertragsmäßig festgelegte, Erwartung eines Gegenvorteils, die zum Zweifel über den Schuldbetrag hinzutritt, wird der Gedanke an eine Liberalität so in den Hintergrund gedrängt, daß er keine Berücksichtigung mehr verdient. Dies wird selbst da zutreffen, wo in der Seele des Anerkennenden die Vorstellung noch mitgewirkt haben sollte: „schlimmstenfalls, d. h. wenn die Schuld doch nicht besteht, gönne ich dem Gegner, der ein armer Teufel ist, das Geld". Allerdings ist der Uebergang von diesen Fällen, zu den andern, in denen der animus donandi auf seiten

---

gegriffen ist, anerkannt wird. — Diese in der Mitte zwischen seinen beiden Extremen liegenden Fälle berücksichtigt Zitelmann gar nicht Die richtige Abgrenzung läßt sich nur aus den Erfordernissen des § 779 gewinnen.

des Versprechenden eine entscheidende Rolle spielt, ein ganz allmählicher und man wird deshalb zu quantitativen Abgrenzungen genötigt sein [145]).

Es erhebt sich endlich noch die Frage, ob nicht auch einseitige Feststellungen der bisher bezeichneten Art im Rahmen der §§ 780 und 781 möglich sind. Man denke etwa wiederum an einen Fall der Schadensersatzpflicht, wie er oben geschildert, und nehme an, daß der Gläubiger bei der Feststellung nicht auf die Geltendmachung weiterer Ansprüche verzichten will. (Dabei sehen wir ab von dem Fall, daß eine Fixierung des eingetretenen Schadens beabsichtigt ist und nur die Geltendmachung des eventuell noch weiter entstehenden vorbehalten bleiben soll. Dieser Fall erledigt sich einfach nach dem bisher Ausgeführten.) So selten nun derartige einseitige Feststellungen sein werden und so begründet bei einer bloß einseitigen Anerkennung des Schuldners die Annahme sein wird, daß bloß ein Klagerleichterungsvertrag abgeschlossen werden sollte, so läßt sich doch die Möglichkeit einer solchen feststellenden Parteiabsicht, bezw. das Vorkommen von Situationen, in denen die Fixierung einer Minimalsumme, mit der Gläubiger jedenfalls soll rechnen können, den Parteiintentionen entspricht, nicht in Abrede ziehen, und es sind auch keine Gründe ersichtlich, die der Sanktionierung solcher Parteiabsicht im Weg stünden.

Bei allen den bisher aufgeführten Feststellungsfällen, bei vergleichsmäßiger, doppelseitiger und einseitiger Feststel-

---

145) Es wird, wie im speziellen Teil der Untersuchung noch festzustellen sein wird, davon ausgegangen werden müssen, daß der § 518 auch gegen den einseitigen Schenkungswillen, der dem Gegner gegenüber nicht zutage tritt, Schutz gewähren soll. Also wäre in den Fällen, in denen wirklich ein animus donandi des Versprechenden entscheidend eingreift, Nichtigkeit des nicht formgerechten Versprechens, soweit es sich als Schenkungsversprechen herausstellt (unter ev. Schutz des Gegners nach Analogie des § 122), anzunehmen.

lung, ist zu beachten, daß die Feststellungsabsicht sich auf das ganze Schuldverhältnis oder nur auf dessen Betrag oder auf irgend welche Einzelfragen beziehen kann. Es kann das Geschäft unter die ausdrückliche Bedingung des Zutreffens bestimmter tatsächlicher Voraussetzungen gestellt sein. Es wird aber auch, wie das beim Vergleich in § 779 ausdrücklich anerkannt ist, bei sämtlichen Feststellungsgeschäften eine Unwirksamkeit bei Nichtzutreffen des von beiden Seiten als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalts angenommen werden müssen [146]). Das kausale Hilfsgeschäft als solches ist unwirksam, was gegenüber der auf Grund desselben eingegangenen selbständigen Obligation, unter Umständen unter Aufdeckung des Verhältnisses, dargetan werden muß [147]).

Für sämtliche derartigen Feststellungen taucht sodann die Frage nach der sog. novatorischen Wirkung auf [148]). Es fragt sich, inwieweit nach dem Sinn des Vertrags die Parteien auf das ursprüngliche in Bezug genommene Rechtsverhältnis zurückgreifen können. Da wird sich denn in allen 3 Fällen unmittelbar aus dem Wesen des Geschäfts ergeben, daß keine der Parteien sich in Widerspruch zu der getroffenen Festsetzung stellen darf. Dazu bedarf es jedoch nicht der konstruktiven Vorstellung, daß das ursprüngliche Schuldverhältnis aufgehoben und durch ein neues ersetzt werde. Vielmehr gelangt man zu dem Resultat, daß gewisse Konsequenzen dieser Konstruktion, wie z. B. die Beseitigung der Sicherungen, welche für die Grundobligation bestanden, mit der regelmäßig vorhandenen Parteiintention in direktem Widerspruche stehen [149]). Was sodann die Frage der prozessua-

146) Dieser Analogieschluß dürfte ganz zweifellos sein.

147) In welcher Weise dabei das Bereicherungsrecht zur Anwendung kommt, wird in § 5 darzulegen sein.

148) Ueber die Literatur s. Hegler a. a. O. S. 91 N. 2.

149) Das Prinzip, daß dritte Intercedenten durch eine solche Feststellung nicht in ihrer Haftung beschwert werden können, steht natürlich für sich.

len Klagbegründung anlangt, so ergibt sich aus dem Sinn des Feststellungsgeschäfts keineswegs, daß die Basierung der Klage auf die ursprüngliche Grundobligation, unter Vorbehalt die Bestreitung derselben durch Bezugnahme auf das Feststellungsgeschäft aus dem Felde zu schlagen, ausgeschlossen sein müßte. In allen diesen Richtungen würde also, sofern man vom regelmäßigen Parteiinteresse ausgeht, der Novationsgedanke auszuschließen sein [150]). Ebensowenig darf der Gesichtspunkt der Leistung an Erfüllungsstatt [151]) als diesen Geschäften oder einzelnen unter ihnen wesentlich bezeichnet werden. Namentlich wird man sich hier der Auffassung Zitelmanns nicht anschließen können, der bei den einseitigen Feststellungen ein accessorisches Verhältnis der neugeschaffenen Obligation zur Grundobligation, bei den doppelseitigen Feststellungen aber eine in solutum datio annimmt. Es ist nicht einzusehen, warum beispielsweise bez. des Fortbestehens der Sicherungen oder bez. der Klagbegründung im einen Fall anders entschieden werden müßte als im andern. Ein ausdrücklich auf Aufhebung der Grundobligation gerichteter Parteiwille ist in beiden Fällen denkbar, wenn er auch selten genug tatsächlich vorkommen wird [152]). Ohne weiteres klar ist,

150) Zweifelhaft ist, inwiefern dieser Begriff nach dem BGB. das ihn selbst nirgends verwendet, überhaupt noch eine Rolle spielt. Ueberwiegend wird dies ja angenommen. Ueber die Frage, was darunter zu verstehen sei, und wie sich die Novation zur Hingabe einer Forderung an Erfüllungsstatt verhalte, herrscht jedoch durchaus keine Klarheit. Das eine scheint, trotz „Fortsetzung des alten Kreditverhältnisses", wie bei der in solutum datio angenommen zu werden, daß Tilgung der ursprünglichen Obligation erfolge. (S. Crome II § 188 1. Abs. Dernburg § 619 Abs. 2.) Wegfall der Sicherungen wird ebenfalls vorausgesetzt. (S. Crome § 188 Z. 3.)

151) Mit diesem Begriff operiert das Gesetz in § 364 Abs. 2.

152) Zitelmann denkt wohl lediglich daran, daß bei der bloß einseitigen Feststellung, „soviel wird jedenfalls geschuldet", unter allen Umständen das Bezugnehmen auf die Grundobligation hinsichtlich des offengelassenen Restes möglich sein muß.

daß durch solche Feststellungen nicht rechtlich reprobierte Obligationen zu vollgültigen erhoben werden können[153]. Dies bezieht sich auch auf Spiel-, Wett- und Differenzschulden u. dergl. nach ausdrücklicher Bestimmung des § 762 Abs. 2, der sich auch auf die feststellenden abstrakten Schuldverträge mit erstreckt. Mit der Behauptung des Novationscharakters dieser Geschäfte oder mit der Zugrundelegung einer Leistung an Erfüllungsstatt hat man dies wohl auch nicht in Zweifel ziehen wollen.

Den bisher besprochenen Feststellungsgeschäften im engern Sinn dürfte sich am nächsten anschließen die Erhebung natürlicher oder unvollkommener Verbindlichkeiten zu vollwirksamen, soweit eine solche als möglich und statthaft erscheint. Von einer Feststellung i. w. S. wird man auch hier noch sprechen können. Indessen gelangt man bei diesen Fällen auf ein schwieriges und noch nicht genügend geklärtes Gebiet.

Von vornherein scheiden aus die klaglosen Verbindlichkeiten, bei denen die Klaglosigkeit auf einer rechtlichen Reprobation beruht, wie die Spiel-, Wett-, Differenz-, Ehemakellohnschulden (s. o.). Auf besonderem Boden stehen sodann die verjährten Schulden, bei denen kraft ausdrücklichen Rechtssatzes das vertragsmäßige Anerkenntnis, auch wenn es in Unkenntnis der Verjährungseinrede abgeschlossen worden ist, bindet (§ 222 Abs. 2 S. 2). Außerdem ergibt sich aus der Natur der Verjährungseinrede ihre Verzichtbarkeit[154]. Es bedarf also gar nicht eines Vertrags nach § 780 oder 781, um eine vollgültige Obligation zu erzeugen. Aber freilich,

153) Auf besonderem Boden steht nur das Feststellungsgeschäft, das gerade die Ungewißheit darüber beseitigen will, ob der Tatbestand eines reprobierten Geschäfts vorlag oder nicht.

154) Der Streit, ob der Verzicht durch einseitige Erklärung oder nur durch Vertrag herbeigeführt werden kann, interessiert hier nicht. (S. Planck zu § 305 Z. 4 und Hölder, civ. Arch. Bd. 93 S. 81. Der von Hölder gezogene Schluß aus § 222 Abs. 2 auf die Unmöglichkeit einseitigen Verzichts ist unter allen Umständen ungerechtfertigt.)

es kann die Eliminierung der Verjährungseinrede Parteizweck beim Abschluß eines solchen Vertrags sein.

Wie steht es aber mit den übrigen Fällen klagloser Obligationen, zunächst mit den durch einen Zwangsvergleich betroffenen Forderungsresten, mit der Verpflichtung zur Ausstattung eines Kindes nach § 1624 BGB., ferner mit den von Dernburg[155]) genannten, durch Fristversäumnis gegenüber einer Verwaltungsbehörde klaglos gewordenen Obligationen? Auch hier wird kein Zweifel sein, daß jedenfalls das in Kenntnis der Unklagbarkeit abgegebene privatschriftliche Versprechen[156]) eine vollgültige Obligation hervorbringt. Die Grundsätze des Schenkungsversprechens greifen hier nicht ein, denn von Schenkung kann eben wegen des debitum naturale keine Rede sein. So könnte es sich nur fragen, ob die Möglichkeit, die unvollkommene Obligation in eine klagbare umzuwandeln, allein schon durch die §§ 780 und 781 sanktioniert ist, oder ob man speziell auf den § 814 zu diesem Zweck Bezug zu nehmen hat[157]).

Ist nun aber damit das Gebiet abgeschlossen? Hat man nicht vielleicht in allen Fällen der sittlichen Pflicht oder der auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht eine solche Feststellbarkeit vollgültiger Obligationen durch selbständiges Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis anzunehmen? Oder etwa nur bei einigen von ihnen und bei welchen?

Die zunächst sich ergebende Schwierigkeit besteht darin, daß, wie sich aus § 534 ergibt, das Vorhandensein einer solchen sittlichen oder Anstandspflicht den Schenkungscharakter

155) Lehrbuch Bd. 2 § 3. 2 b.

156) Ob auch das im Glauben klagbarer Verpflichtung abgegebene Versprechen wegen Vorhandenseins einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht nach § 814 den Erfolg herbeiführt, wird erst später im speziellen Teil der Untersuchung zu besprechen sein. — Das formlose Versprechen reicht keinenfalls aus (abgesehen natürlich von § 350 HGB.).

157) Die Frage, auf die bei der speziellen Untersuchung des § 814 noch zurückzukommen sein wird, ist von untergeordneter Bedeutung.

des Geschäfts nicht ausschließt. Muß man aber in dem Versprechen, eine solche Verpflichtung zu erfüllen, ein Schenkungsversprechen sehen, so ist dasselbe nach § 518 nichtig, sobald die gerichtliche oder notarielle Form nicht gewahrt ist. Ein privatschriftliches Versprechen gemäß § 780 oder 781 könnte also diesem Zweck der Klagbarmachung sittlicher Verpflichtungen nicht dienen.

Eine restriktive Auslegung dieser Vorschriften erscheint ausgeschlossen. Ganz unmöglich ist es zu sagen, die Formvorschrift des § 518 gelte nicht für die Schenkungen des § 534. Und ebensowenig dürfte es statthaft sein, in den Fällen, in denen die vollzogene Zuwendung unter § 534 fällt, das Versprechen der Zuwendung von den „schenkweise erteilten Versprechen und Anerkenntnissen" des § 518 auszuschließen.

So käme man zu dem Resultat, daß jedenfalls nicht alle Versprechen der Erfüllung einer sittlichen oder Anstandspflicht bindende Wirkung haben können.

Aber eines allerdings bleibt möglich, daß man nämlich mit Endemann[158]) zwei verschiedene Kategorieen von solchen sittlichen und Anstandspflichten unterscheidet. Es gibt auf der einen Seite sittliche oder Anstandspflichten, eine Schenkung zu vollziehen, auf der andern Seite sittliche Verpflichtungen, deren Erfüllung nicht Schenkung ist[159]). Eine derartige Scheidung dürfte auch der allgemeinen Auffassung entsprechen. Nur wird sie, da man weder im Gesetz noch in der Gewohnheit feste Anhaltspunkte hat, im einzelnen äußerst schwierig zu vollziehen sein[160]).

---

158) Lehrbuch § 99 N. 18: „§ 534 besagt nicht, daß jede Erfüllung einer sittlichen Pflicht Schenkung sei."

159) Diese würde man wohl auch wieder als unvollkommene Verbindlichkeiten bezeichnen können.

160) Bei den von Endemann genannten Fällen, in denen die Zuwendung nicht Schenkung ist, weil es an einem sonstigen Erfordernis, z. B. der Bereicherung des Empfängers, fehlt, wie beim veranstalteten Hochzeitsessen, wird man nicht stehen bleiben dürfen.

Für einen zweifellosen Fall solcher sittlicher Verpflichtung, deren Erfüllung nicht Schenkung ist, möchte ich halten: die Leistung von Schadensersatz in Geld, wo Naturalreparation unmöglich ist[161]) und Gelderſatz nach § 253 nicht verlangt werden kann. Es wird vor allen Dingen an Beleidigungen, Verletzungen des Rechts am eigenen Bild und dergleichen Fälle zu denken sein[162]).

Erheblich zweifelhafter liegen schon die Fälle, in denen sich jemand freiwillig zur Abfindung, Alimentierung oder Pensionierung[163]) eines Angestellten, z. B. bei Dienstunfähigkeit nach langjähriger Dienstzeit, oder bei Verunglücken im Dienst, entschließt. Eine gewisse Tendenz, derartige Abfindungen nicht als Schenkung aufzufassen, dürfte zur Zeit immerhin vorhanden sein[164]). Bei solchen und ähnlichen Situationen ist freie Bahn für die schöpferische Kraft der Rechtsprechung gegeben.

Ueberall nun, wo eine unvollkommene Verbindlichkeit in dem beschriebenen Sinn konstatiert werden kann, bilden die schriftlichen Verträge der §§ 780 und 781, wenn wir von § 350 HGB. und von der natürlich ebenfalls verwendbaren Schenkungsform, die gar keinen Zweifel an der Gültigkeit aufkommen läßt, absehen, das einzige Mittel zum Zweck, eine klagbare Verpflichtung zu begründen.

Wieder anders gestaltet sich die Sachlage in den Fällen,

161) Wo Naturalreparation verlangt werden kann und nur vertragsmäßig statt derselben eine Geldsumme festgesetzt wird, liegt ein anderer Fall, nämlich eine Schuldumwandlung (s. u.) vor.

162) Dabei wären die Fälle, in denen Buße verlangt werden kann, wieder auszuscheiden.

163) In den letztgenannten Fällen würde auf den obl. Vertrag allerdings auch die Vorschrift des § 761 zur Anwendung kommen, mithin auch aus diesem Grund Schriftform erforderlich sein, was bei Zutreffen des § 350 HGB. von Bedeutung wäre.

164) Sie dürfte wohl auch in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 2 Nr. 16 der Civilentscheidungen zum Ausdruck kommen. Die Entscheidungsgründe, die im wesentlichen auf den abstrakten Verpflichtungswillen abstellen, sind allerdings in mehrfacher Richtung zu bean-

in denen durch einen Vertragsschluß nach § 780 oder 781 eine Bestätigung[165]) eines früher abgeschlossenen nichtigen Geschäfts herbeizuführen beabsichtigt wird. Man denke z. B. an den Fall, daß eine formungültige Bürgschaft durch ein Anerkenntnis der Bürgschaftsschuld zu heilen gesucht wird, oder an den Fall, daß jemand, der während seiner Geschäftsunfähigkeit ein Darlehen erhalten hat, durch einen abstrakten Vertrag das Darlehen bestätigen will.

In allen diesen Fällen ist der Bestätigungsvertrag nicht an sich abstrakte Schuldbegründung im Sinne der §§ 780 und 781. Er reproduziert vielmehr das zu bestätigende Grundgeschäft und fügt nur, soweit dies einen Sinn hat[166]), die Abmachung der Rückdatierung hinzu, die durch § 141 Abs. 2 für zulässig erklärt ist. Deshalb ist er an die Voraussetzungen des Grundgeschäfts gebunden. Soll also eine Bürgschaft bestätigt werden, so muß jetzt schriftliche Erteilung des Versprechens stattfinden. Bei Bestätigung eines Darlehens muß die reale Grundlage, die Verschaffung der Valuta, vorausgegangen sein[167]). — Es liegt also nur im freien

---

standen. S. auch Klingmüller, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis S. 64 N. 3.

165) Der Ausdruck Bestätigung ließe sich in einem weiteren Sinn vielleicht auch für die im Vorhergehenden besprochenen Fälle verwenden. Wir fassen den Begriff ausschließlich im Sinn des § 141 BGB.

166) Bei der Bürgschaft würde dies z. B. die Bedeutung haben können, daß bei Verbürgung auf Zeit der Zeitablauf von dem Tag des früheren ungültigen Vertrags zu bestimmen wäre.

167) Dabei ist die Abmachung, daß das Darlehen gelten solle, nicht als Darlehensgewährung nach § 607 Abs. 2 aufzufassen. Denn von diesem Standpunkt aus gesehen würde eine Darlehenszinspflicht nur ex nunc begründet werden, und die Kapitalrückforderung könnte nur insoweit entstehen, als zur Zeit der Abmachung ein Bereicherungsanspruch begründet war. — Dem Sinn des § 141 Abs. 2 dürfte es aber entsprechen, daß der Darlehensanspruch in dem Umfang begründet werden kann, in dem er begründet sein würde, wenn das Darlehen gleich von Anfang an gültig zustande gekommen wäre. Der Schenkungsgedanke ist dabei völlig auszuscheiden. Er wird durch die Bestätigungsabsicht —, ich will mich an das halten, was ich einmal versprochen habe —, ausgeschlossen.

Willen der Parteien, an der Stelle eines deklarierten Bestätigungsgeschäfts einen abstrakten Schuldvertrag abzuschließen, was noch in verschiedenen Formen geschehen kann. Es kann z. B. im Fall der Darlehensbestätigung einfach die Darlehenssumme nebst Zinsen von dem Datum der ursprünglichen Darlehensgewährung ab versprochen werden, ohne daß der Schuldgrund irgendwie angegeben wird. Bei der Bürgschaft kann der Weg eingeschlagen werden, daß der Bürge schriftlich anerkennt, die Summe von x Mark nebst y % Zinsen von dem Datum der früheren ungültigen Bürgschaft an gerechnet, schuldig zu sein[168]). Würde der Bestätigungszweck in dem Schuldschein in extenso dargelegt sein, so hätte man kein abstraktes Versprechen oder Schuldanerkenntnis, sondern nur ein besonders beurkundetes Bestätigungsgeschäft anzunehmen.

Wo die Form abstrakter Obligierung gewählt wird, darf man genau genommen von einem durch die abstrakte Obligierung verfolgten Feststellungszweck gar nicht mehr sprechen. Der speziell durch die Wahl dieser Obligierungsform verfolgte Zweck ist ein anderer, nämlich der später zu erörternde Zweck der Klagerleichterung. Das Verhältnis ist ganz dasselbe wie bei gewöhnlicher Neuschaffung einer Grundobligation im Gewand eines abstrakten Versprechens. Das letztere tritt lediglich die Durchführung sichernd und erleichternd neben das Grundgeschäft. Somit hätte der Bestätigungszweck aus den für die Verwendung der abstrakten Verträge maßgebenden Feststellungszwecken auszuscheiden.

Ein letzter Fall, den man unter die Bezeichnung der Feststellung oder der Ausscheidung von Krankheitsstoff bringen kann, ist der Fall des Verzichts auf echte Einreden oder Anfechtungsrechte. Ein solcher kann aus den verschieden-

---

168) Diese Fälle müssen von den andern scharf unterschieden werden, in denen das Anerkenntnis lediglich im Glauben, man sei aus dem früheren Geschäft verpflichtet, abgegeben war.

sten Gründen erfolgen. Vor allem ist es möglich, daß eine Feststellungsabsicht i. e. S. zugrund liegt. So z. B., wenn über das Zustehen der Einrede Unsicherheit herrschte oder wenn die Parteiabsicht dahin ging, den Gläubiger unter allen Umständen gegen eventuelle Anfechtungen sicher zu stellen, wie es z. B. in dem Verhältnis zwischen debitor cessus und Cessionar (s. o.) der Fall sein kann. In andern Fällen soll lediglich die von der Rechtsordnung durch Einräumung eines Gegenrechts zur Verfügung gestellte Befugnis, über die weitere Abwicklung des Grundgeschäftsverhältnisses zu bestimmen, ausgeübt werden. Bei der Ausübung dieses Rechts können egoistische oder altruistische Motive, oder beide nebeneinander, bestimmend sein, ohne daß jemals (auch nicht beim Vorherrschen der altruistischen Gesichtspunkte der Verzicht als Schenkung bezeichnet werden dürfte.

Man denke an Fälle wie folgende: Ein Käufer ist anfechtungsberechtigt wegen Betrugs, er findet aber, daß es trotz des Betrugs wegen inzwischen veränderter Umstände zweckmäßiger ist, bei dem Kauf stehen zu bleiben, er verzichtet deshalb auf sein Anfechtungsrecht. Oder ein Käufer will, im Vertrauen auf die Zuverlässigkeit des Gegners, auf die exceptio non adimpleti contractus verzichten, oder ein aus sonstigem Grund Zurückbehaltungsberechtigter glaubt der Sicherung durch sein Retentionsrecht entbehren zu können. Oder endlich ein Erbe verzichtet, etwa aus Pietät gegen den Erblasser, auf seine Einrede der beschränkten Haftung.

In allen diesen Fällen kann zum Zweck des Einredeverzichts die Form des selbständigen Schuldversprechens oder des Anerkenntnisses gewählt, oder vielleicht richtiger gesagt, der Verzicht kann in der noch aus andern Gründen verwendeten Form des abstrakten Versprechens mit zum Ausdruck gebracht werden.

War dem Schuldner das ihm zustehende Einrede- oder Anfechtungsrecht bekannt, so wird man regelmäßig in dem

Schuldversprechen eine Verzichtserklärung erblicken dürfen, wogegen der Verzicht auf möglicherweise zustehende Einreden besonders nachgewiesen werden müßte.

Ganz für sich stehen die Fälle, in denen die Einrede auf einem Recht selbständigen Inhalts[169]) beruht, und der angebliche Einredeverzicht eine Aufgabe dieses Rechts bedeuten oder eine Verpflichtung zur Aufgabe oder Uebertragung desselben begründen soll. Hier ist das Mittel der abstrakten Verträge nur insoweit verwendbar, als jener Rechtsverzicht formlos erklärt oder die betreffende Verpflichtung formlos oder privatschriftlich begründet werden kann. So wird zwar der Verzicht auf den Nießbrauch an einer beweglichen Sache gemäß § 1064 auch dadurch erfolgen können, daß der Nießbraucher sich dem Eigentümer zur sofortigen Herausgabe verpflichtet. Die Uebernahme einer Verpflichtung, die nach § 875 Abs. 2 erforderliche Erklärung dem Grundbuchamt gegenüber abzugeben oder die Löschungsbewilligung zu erteilen, wird dagegen, wenn sie schenkungshalber erfolgt, auch der Schenkungsform bedürfen und deshalb nicht auf dem Weg des privatschriftlichen abstrakten Versprechens stattfinden können.

Ebenso dürfte es eine eigenartige Bewandtnis mit denjenigen Einreden haben, die nur eine besondere Form für die Geltendmachung der Ungültigkeit eines Geschäfts darstellen. Sollte man also zu dem Resultate kommen, daß die Bereicherungseinrede gegenüber einer kausalosen abstrakten Obligation nur eine solche Form darstellt, so würde der Einredeverzicht mit der Neubegründung der Obligation gleichzusetzen und deshalb bei vorhandener Schenkungsabsicht die Wahrung der Schenkungsform zu verlangen sein. Insoweit wäre dann auch wieder der Einredeverzicht mittelst privatschriftlichen abstrakten Versprechens nach § 780 und 781 ausgeschlossen.

Während man in diesen Fällen des Verzichts auf Gegen-

---

169) Gegensatz: „bloßes Kannrecht“.

rechte noch von einem Feststellungszweck oder auch Bestätigungszweck[170]) reden kann, zu dem die abstrakten Verträge benutzt werden, gibt es noch ein weiteres Anwendungsgebiet, auf dem nur Schuldabänderung oder Schuldumwandlung in Frage stehen. Den zuletzt besprochenen Fällen am nächsten stehen wohl die Fixierungen von Alternativobligationen auf eine der zur Wahl stehenden Leistungen, sowie die nähere Bestimmung der Leistung in den Fällen des § 315. Daran schließen sich aber weiter beliebige Modifikationen in Bezug auf Erfüllungszeit (z. B. Kündbarkeit) und Erfüllungsort, oder Abmachungen hinsichtlich der Verzinsung, die erhöht oder vermindert, zugefügt oder beseitigt werden kann. Alle derartigen Schuldabänderungsverträge können in das Gewand eines abstrakten Versprechens gekleidet werden. Vor allem ist es auch möglich, daß in Bezug auf eine bestehende Schuld verabredet wird, sie solle nach den Grundsätzen eines andern Schuldverhältnisses, z. B. nach Darlehensgrundsätzen, behandelt werden. Dies ist, wie jedenfalls aus der Analogie des § 141 Abs. 2 sich ergeben dürfte, auch mit Rückdatierung, d. h. in der Weise statthaft, daß z. B. eine vorhandene Kaufschuld nicht erst ex nunc, sondern vom Augenblick ihrer Entstehung ab, wie eine zu 4 % verzinsliche Darlehensschuld behandelt werden soll. Dabei ist gleichgültig, wie man den § 607 Abs. 2 interpretiert und wie man den Geltungsbereich dieses Paragraphen faßt.

Die Schwierigkeiten, welche sich bei der Umwandlung beliebiger Schulden in eine Darlehensschuld ergeben, mußten schon im vorhergehenden Paragraphen erörtert werden. Wir sind dabei zu dem Resultat gelangt, daß auch zu diesem Zweck die Verträge des § 780 und 781 verwendbar sind, und daß sie zur Anwendung gebracht werden müssen, sobald eine selbständige Klagbegründung auf den Schuldumwand-

170) Der Verzicht auf das Anfechtungsrecht wird in § 144 als Bestätigung bezeichnet.

lungsakt dem Parteiinteresse entspricht. Dagegen glaubte Verf. für das Recht des BGB. die für das gemeine Recht auf Grund von l. 15 D. 12. 1 vielfach festgehaltene[171]), von einzelnen auch in den § 607 Abs. 2 wenigstens als möglich hineininterpretierte[172]) Auffassung der fingierten duplex numeratio ablehnen zu müssen. Jedenfalls sollte, wie oben ausgeführt, den Parteien durch den § 607 Abs. 2 nicht die Möglichkeit gewährt werden, eine stärkere Loslösung neu zu begründender Obligationen von dem ursprünglich vorhandenen Schuldverhältnis herbeizuführen, als eine solche durch das Mittel der abstrakten Verträge ermöglicht ist. Für unsere Zweckbetrachtung ergibt sich daraus, daß ein Zweck „der realen Darlehensgewährung durch Schuldumwandlung" nicht als ein möglicher Zweck für den Abschluß eines Vertrags nach § 780 oder 781 in Betracht kommt. Es kann vielmehr in den betreffenden Fällen nur der Zweck der gewöhnlichen Schuldumwandlung, kombiniert mit dem Klagerleichterungszweck, zugrunde liegen.

Ein letzter ganz spezieller Fall der Schuldumwandlung ist endlich der Fall der Reduktion mehrerer Forderungen unter Abzug der Gegenforderungen bei der Abrechnung, die

171) Am energischsten findet sich wohl diese Auffassung vertreten bei Zimmermann in seinem Gutachten zum 9. Juristentage (Verhandl. d. 9. Juristentags Bd. II. S. 488 ff.). Derselbe strebte bei seinen Vorschlägen für die gesetzliche Regulierung des Anerkenntnisvertrags nichts Geringeres an, als die gesamten auf bloßes Schuldigsein gerichteten Verträge auf diese Basis zu stellen. Das Verhältnis zu den bloß zahlbaren Schulden (Spielschulden 2c.) bleibt dabei unberücksichtigt.

172) Schlechthin von dieser Konstruktion scheint Schollmeyer (Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 2. Aufl. S. 88) auszugehen. Ob er allerdings die entsprechende Konsequenz bezüglich der bloß zahlbaren Obligationen ziehen will, dürfte auf Grund der N. 1 zweifelhaft sein. Crome (Bd. II § 188 Nr. 30 und 248 Z. 2) und Klemperer in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 578 erkennen die Möglichkeit realer Darlehensgewährung nach § 607 Abs. 2 an, letzterer mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß alsdann die Einrede, die ursprüngliche Schuld stamme aus Spiel, auszuschließen sei. (S. auch oben N. 76.)

sog. Anerkennung eines Saldo. Die nähere Analysierung dieses komplizierten und nicht unbestrittenen Abwicklungsgeschäfts muß, da sie hier den Rahmen der Untersuchung sprengen würde, einer späteren Erörterung in den speziellen Ausführungen vorbehalten bleiben. Hier mag nur nochmals hervorgehoben werden, daß eine Feststellung im Sinn des Nichtbestreitenwollens beim gewöhnlichen Saldovertrag nicht vorliegt. Wie aus § 782 sich ergibt, faßt jedoch das Gesetz die Anerkennung des Saldo immer als eine selbständige Obligationsbegründung auf.

Die Rolle, welche der abstrakte Vertrag bei den im bisherigen aufgeführten Feststellungs- und Schuldabänderungszwecken spielt, ist demnach eine verschiedene.

Bei den nicht vergleichsmäßigen und nicht abrechnungsmäßigen Feststellungen i. e. S. und bei der Erhebung unvollkommener Verbindlichkeiten zu vollkommenen ist das schriftliche Versprechen oder schriftliche Anerkenntnis das einzige Mittel zum Zweck. Bei den vergleichsmäßigen und abrechnungsmäßigen Feststellungen und Schuldumwandlungen ist zwar die mündliche Vereinbarung genügend, aber das Gesetz erblickt in ihr eine selbständige Obligationsbegründung. In allen übrigen Fällen ist der abstrakte Vertrag gemäß § 780 und 781 lediglich Accessorium. Die betreffenden Zwecke könnten immer auch entweder durch gewöhnlichen formlosen Vertrag oder sogar durch einseitige Erklärung erreicht werden [173]).

Greifen hier die Parteien zu dem Mittel des abstrakten Versprechens, so verfolgen sie noch einen weiteren Zweck, nämlich den Zweck, eine einfachere Klagbegründung

173) So nach dem Gesetz bei Ausübung des Wahlrechts in einer Alternativobligation (§ 263 Abs. 1) und bei Fixierung einer unbestimmten Leistung (§ 315 Abs. 2). Beim Verzicht auf ein Anfechtungsrecht wird wohl allgemein angenommen, daß einseitige Erklärung genüge. Bestritten ist nur, ob diese dem Gegner gegenüber abgegeben werden muß. Beim Verzicht auf Einreden herrscht Streit (s. Planck zu § 305 Z. 4).

zu ermöglichen. Auch wo die Absicht der Parteien nicht in bewußter Weise auf diese Wirkung gerichtet ist, wird dieselbe ihren Intentionen, der vorhandenen Interessenlage, entsprechen.

Damit sind wir bei dem letzten der zu Beginn des Paragraphen genannten Hauptzwecke der abstrakten Schuldverträge angelangt.

In einer großen Zahl von Fällen wird jener Zweck, den wir als Klagerleichterungszweck bezeichnen wollen, bei der Abgabe eines schriftlichen Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses allein zugrund liegen. Die Parteien setzen ein Schuldverhältnis als bestehend voraus und beabsichtigen gar nichts anderes, als dieses auf „die rascheste und bequemste Art" zur Durchführung zu bringen [174]). Der mehr oder minder klar zum Bewußtsein gebrachten Parteiintention wird es entsprechen, daß der Gläubiger zunächst nichts anderes vorzubringen brauche, als eben die Tatsache der Ausstellung des Schuldscheins, daß es dagegen dem Schuldner überlassen sein solle, nachzuweisen, in Wirklichkeit schulde er nichts [175]). Dabei steht, auch im Laienbewußtsein, der Gedanke an den Prozeß und an das, was im Fall eines Prozesses zu beweisen sei, durchaus im Vordergrund. Nur wird man nicht irgendwie juristisch präzisierte Vorstellungen der Parteien verlangen dürfen [176]). Ob der Schein als Beweis-

174) Dernburg, § 90 II Abs. 1, bezeichnet den Zweck, das wahre Recht auf die rascheste und bequemste Art zur Geltung zu bringen, als den ausschließlichen Zweck der abstrakten Verbindlichkeiten. Damit dürfte er wohl kaum die Ausschließlichkeit des Klagerleichterungszwecks behaupten wollen. Immerhin wird durch derartige Wendungen das wahre Verhältnis der verschiedenen möglichen Zwecke zu einander nicht aufgeklärt.

175) Daß diese Parteiabsicht und keine weitergehende in den zahlreichen Fällen vorhanden ist, in denen lediglich auf Grund der Ueberzeugung vom Bestehen der Schuld versprochen oder anerkannt wird, muß trotz allen Widerspruchs (s. z. B. Regelsberger, Pand. § 173 zu N. 6) festgehalten werden.

176) S. darüber insbesondere Lenel, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 19.

mittel funktionieren, oder ob darin eine neue Schuldbegründung liegen soll, darüber machen sich jedenfalls Laienparteien keine Gedanken. Ebensowenig sind Vorstellungen darüber vorhanden, ob die Wirkung des Scheins durch einfachen oder nur durch komplizierten Gegenbeweis[177]) solle entkräftet werden können, oder darüber, ob wenn gegenüber einer cautio indiscreta der Beklagte den Nachweis einer bestimmten causa erbracht, der Kläger den Nachweis der Erfüllung dieser causa zu führen habe[178]). Alles dies ist regelmäßig nicht Gegenstand der Parteivereinbarung. Vielmehr ist es die Aufgabe der Rechtsordnung, unter Abwägung der beiderseitigen Interessen das zweckentsprechende technische Mittel zu finden.

Was das Verhältnis der neu begründeten abstrakten Obligation zu der vorausgesetzten Grundobligation anlangt, so wird der geschilderte Parteizweck vollständig dadurch erreicht, daß es dem Gläubiger ermöglicht wird, bei der Klagbegründung auf den ausgestellten Schuldschein allein Bezug zu nehmen. Ein Ausschluß der Klagbegründung auf die Grundobligation ergibt sich aus demselben nicht. Demgemäß wird es der regelmäßigen Parteiintention entsprechen, daß die abstrakte Obligation nur neben die vorher vorhandene Grundobligation treten soll, daß keinerlei Novation oder Leistung an Erfüllungsstatt Platz greife. Eine ausdrückliche Parteiverabredung in diesem letzteren Sinn wird aber hier so wenig wie beim Feststellungsgeschäft auszuschließen sein.

Der Klagerleichterungszweck funktioniert nun aber auch da, wo die abstrakte Obligation nicht eine vorher vorhandene, sondern eine gleichzeitig ins Leben gerufene Grundobligation zur Durchführung bringen soll. Dies leuchtet ohne weiteres

---

S. 224 ff., der mir nur darin viel zu weit zu gehen scheint, daß er bei Anerkenntnissen dem Gegner gegenüber sofort die Absicht des Nichtbestreitenwollens supponiert.

177) Bekker, Pand. II, S. 242.

178) Eine von Wieland a. a. O. § 16 insbesondre S. 170 ff. für den Wechsel behandelte Frage.

Willen der Parteien, an der Stelle eines deklarierten Bestätigungsgeschäfts einen abstrakten Schuldvertrag abzuschließen, was noch in verschiedenen Formen geschehen kann. Es kann z. B. im Fall der Darlehensbestätigung einfach die Darlehenssumme nebst Zinsen von dem Datum der ursprünglichen Darlehensgewährung ab versprochen werden, ohne daß der Schuldgrund irgendwie angegeben wird. Bei der Bürgschaft kann der Weg eingeschlagen werden, daß der Bürge schriftlich anerkennt, die Summe von x Mark nebst y % Zinsen von dem Datum der früheren ungültigen Bürgschaft an gerechnet, schuldig zu sein[168]. Würde der Bestätigungszweck in dem Schuldschein in extenso dargelegt sein, so hätte man kein abstraktes Versprechen oder Schuldanerkenntnis, sondern nur ein besonders beurkundetes Bestätigungsgeschäft anzunehmen.

Wo die Form abstrakter Obligierung gewählt wird, darf man genau genommen von einem durch die abstrakte Obligierung verfolgten Feststellungszweck gar nicht mehr sprechen. Der speziell durch die Wahl dieser Obligierungsform verfolgte Zweck ist ein anderer, nämlich der später zu erörternde Zweck der Klagerleichterung. Das Verhältnis ist ganz dasselbe wie bei gewöhnlicher Neuschaffung einer Grundobligation im Gewand eines abstrakten Versprechens. Das letztere tritt lediglich die Durchführung sichernd und erleichternd neben das Grundgeschäft. Somit hätte der Bestätigungszweck aus den für die Verwendung der abstrakten Verträge maßgebenden Feststellungszwecken auszuscheiden.

Ein letzter Fall, den man unter die Bezeichnung der Feststellung oder der Ausscheidung von Krankheitsstoff bringen kann, ist der Fall des Verzichts auf echte Einreden oder Anfechtungsrechte. Ein solcher kann aus den verschieden-

168) Diese Fälle müssen von den andern scharf unterschieden werden, in denen das Anerkenntnis lediglich im Glauben, man sei aus dem früheren Geschäft verpflichtet, abgegeben war.

sten Gründen erfolgen. Vor allem ist es möglich, daß eine Feststellungsabsicht i. e. S. zugrund liegt. So z. B., wenn über das Zustehen der Einrede Unsicherheit herrschte oder wenn die Parteiabsicht dahin ging, den Gläubiger unter allen Umständen gegen eventuelle Anfechtungen sicher zu stellen, wie es z. B. in dem Verhältnis zwischen debitor cessus und Cessionar (s. o.) der Fall sein kann. In andern Fällen soll lediglich die von der Rechtsordnung durch Einräumung eines Gegenrechts zur Verfügung gestellte Befugnis, über die weitere Abwicklung des Grundgeschäftsverhältnisses zu bestimmen, ausgeübt werden. Bei der Ausübung dieses Rechts, können egoistische oder altruistische Motive, oder beide nebeneinander, bestimmend sein, ohne daß jemals (auch nicht beim Vorherrschen der altruistischen Gesichtspunkte der Verzicht als Schenkung bezeichnet werden dürfte.

Man denke an Fälle wie folgende: Ein Käufer ist anfechtungsberechtigt wegen Betrugs, er findet aber, daß es trotz des Betrugs wegen inzwischen veränderter Umstände zweckmäßiger ist, bei dem Kauf stehen zu bleiben, er verzichtet deshalb auf sein Anfechtungsrecht. Oder ein Käufer will, im Vertrauen auf die Zuverlässigkeit des Gegners, auf die exceptio non adimpleti contractus verzichten, oder ein aus sonstigem Grund Zurückbehaltungsberechtigter glaubt der Sicherung durch sein Retentionsrecht entbehren zu können. Oder endlich ein Erbe verzichtet, etwa aus Pietät gegen den Erblasser, auf seine Einrede der beschränkten Haftung.

In allen diesen Fällen kann zum Zweck des Einredeverzichts die Form des selbständigen Schuldversprechens oder des Anerkenntnisses gewählt, oder vielleicht richtiger gesagt, der Verzicht kann in der noch aus andern Gründen verwendeten Form des abstrakten Versprechens mit zum Ausdruck gebracht werden.

War dem Schuldner das ihm zustehende Einrede- oder Anfechtungsrecht bekannt, so wird man regelmäßig in dem

Schuldversprechen eine Verzichtserklärung erblicken dürfen, wogegen der Verzicht auf möglicherweise zustehende Einreden besonders nachgewiesen werden müßte.

Ganz für sich stehen die Fälle, in denen die Einrede auf einem Recht selbständigen Inhalts[169]) beruht, und der angebliche Einredeverzicht eine Aufgabe dieses Rechts bedeuten oder eine Verpflichtung zur Aufgabe oder Uebertragung desselben begründen soll. Hier ist das Mittel der abstrakten Verträge nur insoweit verwendbar, als jener Rechtsverzicht formlos erklärt oder die betreffende Verpflichtung formlos oder privatschriftlich begründet werden kann. So wird zwar der Verzicht auf den Nießbrauch an einer beweglichen Sache gemäß § 1064 auch dadurch erfolgen können, daß der Nießbraucher sich dem Eigentümer zur sofortigen Herausgabe verpflichtet. Die Uebernahme einer Verpflichtung, die nach § 875 Abs. 2 erforderliche Erklärung dem Grundbuchamt gegenüber abzugeben oder die Löschungsbewilligung zu erteilen, wird dagegen, wenn sie schenkungshalber erfolgt, auch der Schenkungsform bedürfen und deshalb nicht auf dem Weg des privatschriftlichen abstrakten Versprechens stattfinden können.

Ebenso dürfte es eine eigenartige Bewandtnis mit denjenigen Einreden haben, die nur eine besondere Form für die Geltendmachung der Ungültigkeit eines Geschäfts darstellen. Sollte man also zu dem Resultate kommen, daß die Bereicherungseinrede gegenüber einer kausalosen abstrakten Obligation nur eine solche Form darstellt, so würde der Einredeverzicht mit der Neubegründung der Obligation gleichzusetzen und deshalb bei vorhandener Schenkungsabsicht die Wahrung der Schenkungsform zu verlangen sein. Insoweit wäre dann auch wieder der Einredeverzicht mittelst privatschriftlichen abstrakten Versprechens nach § 780 und 781 ausgeschlossen.

Während man in diesen Fällen des Verzichts auf Gegen-

169) Gegensatz: „bloßes Kannrecht“.

rechte noch von einem Feststellungszweck oder auch Bestätigungszweck [170]) reden kann, zu dem die abstrakten Verträge benutzt werden, gibt es noch ein weiteres Anwendungsgebiet, auf dem nur Schuldabänderung oder Schuldumwandlung in Frage stehen. Den zuletzt besprochenen Fällen am nächsten stehen wohl die Fixierungen von Alternativobligationen auf eine der zur Wahl stehenden Leistungen, sowie die nähere Bestimmung der Leistung in den Fällen des § 315. Daran schließen sich aber weiter beliebige Modifikationen in Bezug auf Erfüllungszeit (z. B. Kündbarkeit) und Erfüllungsort, oder Abmachungen hinsichtlich der Verzinsung, die erhöht oder vermindert, zugefügt oder beseitigt werden kann. Alle derartigen Schuldabänderungsverträge können in das Gewand eines abstrakten Versprechens gekleidet werden. Vor allem ist es auch möglich, daß in Bezug auf eine bestehende Schuld verabredet wird, sie solle nach den Grundsätzen eines andern Schuldverhältnisses, z. B. nach Darlehensgrundsätzen, behandelt werden. Dies ist, wie jedenfalls aus der Analogie des § 141 Abs. 2 sich ergeben dürfte, auch mit Rückdatierung, d. h. in der Weise statthaft, daß z. B. eine vorhandene Kaufschuld nicht erst ex nunc, sondern vom Augenblick ihrer Entstehung ab, wie eine zu 4 % verzinsliche Darlehensschuld behandelt werden soll. Dabei ist gleichgültig, wie man den § 607 Abs. 2 interpretiert und wie man den Geltungsbereich dieses Paragraphen faßt.

Die Schwierigkeiten, welche sich bei der Umwandlung beliebiger Schulden in eine Darlehensschuld ergeben, mußten schon im vorhergehenden Paragraphen erörtert werden. Wir sind dabei zu dem Resultat gelangt, daß auch zu diesem Zweck die Verträge des § 780 und 781 verwendbar sind, und daß sie zur Anwendung gebracht werden müssen, sobald eine selbständige Klagbegründung auf den Schuldumwand-

170) Der Verzicht auf das Anfechtungsrecht wird in § 144 als Bestätigung bezeichnet.

lungsakt dem Parteiinteresse entspricht. Dagegen glaubte Verf. für das Recht des BGB. die für das gemeine Recht auf Grund von l. 15 D. 12. 1 vielfach festgehaltene[171]), von einzelnen auch in den § 607 Abs. 2 wenigstens als möglich hineininterpretierte[172]) Auffassung der fingierten duplex numeratio ablehnen zu müssen. Jedenfalls sollte, wie oben ausgeführt, den Parteien durch den § 607 Abs. 2 nicht die Möglichkeit gewährt werden, eine stärkere Loslösung neu zu begründender Obligationen von dem ursprünglich vorhandenen Schuldverhältnis herbeizuführen, als eine solche durch das Mittel der abstrakten Verträge ermöglicht ist. Für unsere Zweckbetrachtung ergibt sich daraus, daß ein Zweck „der realen Darlehensgewährung durch Schuldumwandlung" nicht als ein möglicher Zweck für den Abschluß eines Vertrags nach § 780 oder 781 in Betracht kommt. Es kann vielmehr in den betreffenden Fällen nur der Zweck der gewöhnlichen Schuldumwandlung, kombiniert mit dem Klagerleichterungszweck, zugrunde liegen.

Ein letzter ganz spezieller Fall der Schuldumwandlung ist endlich der Fall der Reduktion mehrerer Forderungen unter Abzug der Gegenforderungen bei der Abrechnung, die

171) Am energischsten findet sich wohl diese Auffassung vertreten bei Zimmermann in seinem Gutachten zum 9. Juristentage (Verhandl. d. 9. Juristentags Bd. II. S. 488 ff.). Derselbe strebte bei seinen Vorschlägen für die gesetzliche Regulierung des Anerkenntnisvertrags nichts Geringeres an, als die gesamten auf bloßes Schuldigsein gerichteten Verträge auf diese Basis zu stellen. Das Verhältnis zu den bloß zahlbaren Schulden (Spielschulden 2c.) bleibt dabei unberücksichtigt.

172) Schlechthin von dieser Konstruktion scheint Schollmeyer (Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 2. Aufl. S. 88) auszugehen. Ob er allerdings die entsprechende Konsequenz bezüglich der bloß zahlbaren Obligationen ziehen will, dürfte auf Grund der N. 1 zweifelhaft sein. Crome (Bd. II § 188 Nr. 30 und 248 Z. 2) und Klemperer in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 578 erkennen die Möglichkeit realer Darlehensgewährung nach § 607 Abs. 2 an, letzterer mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß alsdann die Einrede, die ursprüngliche Schuld stamme aus Spiel, auszuschließen sei. (S. auch oben N. 76.)

sog. Anerkennung eines Saldo. Die nähere Analysierung dieses komplizierten und nicht unbestrittenen Abwicklungsgeschäfts muß, da sie hier den Rahmen der Untersuchung sprengen würde, einer späteren Erörterung in den speziellen Ausführungen vorbehalten bleiben. Hier mag nur nochmals hervorgehoben werden, daß eine Feststellung im Sinn des Nichtbestreitenwollens beim gewöhnlichen Saldovertrag nicht vorliegt. Wie aus § 782 sich ergibt, faßt jedoch das Gesetz die Anerkennung des Saldo immer als eine selbständige Obligationsbegründung auf.

Die Rolle, welche der abstrakte Vertrag bei den im bisherigen aufgeführten Feststellungs- und Schuldabänderungszwecken spielt, ist demnach eine verschiedene.

Bei den nicht vergleichsmäßigen und nicht abrechnungsmäßigen Feststellungen i. e. S. und bei der Erhebung unvollkommener Verbindlichkeiten zu vollkommenen ist das schriftliche Versprechen oder schriftliche Anerkenntnis das einzige Mittel zum Zweck. Bei den vergleichsmäßigen und abrechnungsmäßigen Feststellungen und Schuldumwandlungen ist zwar die mündliche Vereinbarung genügend, aber das Gesetz erblickt in ihr eine selbständige Obligationsbegründung. In allen übrigen Fällen ist der abstrakte Vertrag gemäß § 780 und 781 lediglich Accessorium. Die betreffenden Zwecke könnten immer auch entweder durch gewöhnlichen formlosen Vertrag oder sogar durch einseitige Erklärung erreicht werden [173]).

Greifen hier die Parteien zu dem Mittel des abstrakten Versprechens, so verfolgen sie noch einen weiteren Zweck, nämlich den Zweck, eine einfachere Klagbegründung

173) So nach dem Gesetz bei Ausübung des Wahlrechts in einer Alternativobligation (§ 263 Abs. 1) und bei Fixierung einer unbestimmten Leistung (§ 315 Abs. 2). Beim Verzicht auf ein Anfechtungsrecht wird wohl allgemein angenommen, daß einseitige Erklärung genüge. Bestritten ist nur, ob diese dem Gegner gegenüber abgegeben werden muß. Beim Verzicht auf Einreden herrscht Streit (s. Planck zu § 305 Z. 4).

zu ermöglichen. Auch wo die Absicht der Parteien nicht in bewußter Weise auf diese Wirkung gerichtet ist, wird dieselbe ihren Intentionen, der vorhandenen Interessenlage, entsprechen.

Damit sind wir bei dem letzten der zu Beginn des Paragraphen genannten Hauptzwecke der abstrakten Schuldverträge angelangt.

In einer großen Zahl von Fällen wird jener Zweck, den wir als Klagerleichterungszweck bezeichnen wollen, bei der Abgabe eines schriftlichen Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses allein zugrund liegen. Die Parteien setzen ein Schuldverhältnis als bestehend voraus und beabsichtigen gar nichts anderes, als dieses auf „die rascheste und bequemste Art" zur Durchführung zu bringen [174]). Der mehr oder minder klar zum Bewußtsein gebrachten Parteiintention wird es entsprechen, daß der Gläubiger zunächst nichts anderes vorzubringen brauche, als eben die Tatsache der Ausstellung des Schuldscheins, daß es dagegen dem Schuldner überlassen sein solle, nachzuweisen, in Wirklichkeit schulde er nichts [175]). Dabei steht, auch im Laienbewußtsein, der Gedanke an den Prozeß und an das, was im Fall eines Prozesses zu beweisen sei, durchaus im Vordergrund. Nur wird man nicht irgendwie juristisch präzisierte Vorstellungen der Parteien verlangen dürfen [176]). Ob der Schein als Beweis-

174) Dernburg, § 90 II Abs. 1, bezeichnet den Zweck, das wahre Recht auf die rascheste und bequemste Art zur Geltung zu bringen, als den ausschließlichen Zweck der abstrakten Verbindlichkeiten. Damit dürfte er wohl kaum die Ausschließlichkeit des Klagerleichterungszwecks behaupten wollen. Immerhin wird durch derartige Wendungen das wahre Verhältnis der verschiedenen möglichen Zwecke zu einander nicht aufgeklärt.

175) Daß diese Parteiabsicht und keine weitergehende in den zahlreichen Fällen vorhanden ist, in denen lediglich auf Grund der Ueberzeugung vom Bestehen der Schuld versprochen oder anerkannt wird, muß trotz allen Widerspruchs (s. z. B. Regelsberger, Pand. § 173 zu N. 6) festgehalten werden.

176) S. darüber insbesondere Lenel, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 19.

mittel funktionieren, oder ob darin eine neue Schuldbegründung liegen soll, darüber machen sich jedenfalls Laienparteien keine Gedanken. Ebensowenig sind Vorstellungen darüber vorhanden, ob die Wirkung des Scheins durch einfachen oder nur durch komplizierten Gegenbeweis[177]) solle entkräftet werden können, oder darüber, ob wenn gegenüber einer cautio indiscreta der Beklagte den Nachweis einer bestimmten causa erbracht, der Kläger den Nachweis der Erfüllung dieser causa zu führen habe[178]). Alles dies ist regelmäßig nicht Gegenstand der Parteivereinbarung. Vielmehr ist es die Aufgabe der Rechtsordnung, unter Abwägung der beiderseitigen Interessen das zweckentsprechende technische Mittel zu finden.

Was das Verhältnis der neu begründeten abstrakten Obligation zu der vorausgesetzten Grundobligation anlangt, so wird der geschilderte Parteizweck vollständig dadurch erreicht, daß es dem Gläubiger ermöglicht wird, bei der Klagbegründung auf den ausgestellten Schuldschein allein Bezug zu nehmen. Ein Ausschluß der Klagbegründung auf die Grundobligation ergibt sich aus demselben nicht. Demgemäß wird es der regelmäßigen Parteiintention entsprechen, daß die abstrakte Obligation nur neben die vorher vorhandene Grundobligation treten soll, daß keinerlei Novation oder Leistung an Erfüllungsstatt Platz greife. Eine ausdrückliche Parteiverabredung in diesem letzteren Sinn wird aber hier so wenig wie beim Feststellungsgeschäft auszuschließen sein.

Der Klagerleichterungszweck funktioniert nun aber auch da, wo die abstrakte Obligation nicht eine vorher vorhandene, sondern eine gleichzeitig ins Leben gerufene Grundobligation zur Durchführung bringen soll. Dies leuchtet ohne weiteres

---

S. 224 ff., der mir nur darin viel zu weit zu gehen scheint, daß er bei Anerkenntnissen dem Gegner gegenüber sofort die Absicht des Nichtbestreitenwollens supponiert.

177) Bekker, Pand. II, S. 242.

178) Eine von Wieland a. a. O. § 16 insbesondre S. 170 ff. für den Wechsel behandelte Frage.

ein, wo die zu schaffende Grundobligation durch einfachen formlosen Vertrag erzeugt werden kann. Wird hier noch eine selbständige Obligationsbegründung vorgenommen, so geschieht dies immer zu dem Zweck der Klagerleichterung, mag nun, wie dies normalerweise der Fall, nur ein accessorisches Hinzutreten der selbständigen Obligation zur Grundobligation, oder ein Aufgehen der letzteren in der ersteren beabsichtigt sein. Die Sachlage ist indessen auch keine andere, wo, wie z. B. bei Schenkung oder Bürgschaft, das Grundgeschäft an eine Form gebunden ist. Man denke an den Fall, daß Schenkung verabredet und gleichzeitig abgemacht wird, daß die zu diesem Zweck gerichtlich oder notariell abzufassende Urkunde die Schenkungscausa nicht nennen, sondern etwa eine Schuld (vielleicht Darlehnsschuld) des betreffenden Betrags anerkennen solle.

Auch in diesem Fall ist die Fassung des Schuldscheins auf den Wunsch der Parteien, daß die Klage lediglich auf den Schuldschein ohne Eingehen auf das Grundverhältnis solle begründet werden können, zurückzuführen, wenn auch die dem Gläubiger zuteil werdende Erleichterung bei Schenkungen nicht in der Vermeidung schwieriger, sondern nur ihm vielleicht unangenehmer oder peinlicher Darlegungen zu suchen sein mag. Ist die dem Grundgeschäft wesentliche Form eingehalten, so wird man sogar die Vorstellung, daß gleichzeitig eine klagbare Grundobligation und eine zum Zweck der Erleichterung der Durchführung neben sie tretende abstrakte Obligation geschaffen werde, zur Anwendung bringen können. Denn zweifellos wird es regelmäßig der Absicht der Parteien entsprechen, daß der Gläubiger sich auch direkt auf das Grundgeschäft, dessen Form ja gewahrt ist und das nur ihm zu lieb verschwiegen wurde, berufen darf.

Ist demnach in den genannten Fällen der für die Anwendung des abstrakten Schuldvertrags maßgebende Zweck einzig und allein der Klagerleichterungszweck, so darf man

nicht, wie ebenfalls geschieht, die Begründung einer materiellen neuen Schuld als selbständigen Zweck, dem das Rechtsinstitut des abstrakten Vertrags zu dienen habe, aufzählen. Allerdings kann ja bei Eingehung einer abstrakten Obligation die Parteiabsicht, gleichzeitig eine Grundobligation zu schaffen, vorhanden sein. Aber weder ist diese Absicht entscheidendes Motiv für die Anwendung dieser Schuldbegründungsform seitens der Parteien, noch ist den Parteien das Mittel, wie z. B. bei Delegationsversprechen oder Außerstreitsetzung, von der Rechtsordnung ausdrücklich zu diesem Zweck zur Verfügung gestellt. Grundgeschäftszweck und Hilfsgeschäftszweck sind zu scheiden, und wenn man es auch noch für zulässig erachtet, den Hilfsgeschäftszweck des Einredeverzichts oder der Schuldabänderung, der ebenfalls ohne das Mittel des abstrakten Vertrags erreicht werden kann und bei dem die Wahl dieses Mittels ebenfalls mit dem Klagerleichterungszweck zusammenhängt, als Zweck der abstrakten Obligierung zu bezeichnen, so sollte doch jedenfalls die schiefe Vorstellung, daß die Schöpfung einer Grundobligation der Zweck bei der Kreierung einer abstrakten Schuld sein könnte, im Interesse einer klaren Terminologie vermieden werden.

Ueberschauen wir nun noch einmal das Gebiet, auf dem dieser Klagerleichterungszweck sich geltend macht, so sehen wir, daß er in einer großen Zahl von Fällen entscheidend ist für die Anwendung der Obligierungsformen der §§ 780 und 781. Dies trifft nicht nur da zu, wo er allein steht, sondern auch da, wo er sich mit andern Hilfsgeschäftszwecken, die an sich auch ohne abstrakte Obligierung erreicht werden könnten, verbindet. Nimmt man noch hinzu, daß er auch in den Fällen, in denen ein anderweiter von den Parteien verfolgter Zweck, wie z. B. der Zweck des reinen Delegationsversprechens oder des Außerstreitsetzens, nur durch ein Versprechen oder Anerkenntnis im Sinn der §§ 780 ff.

erreicht werden kann, vielfach noch Einfluß auf die Form des Obligierungsakts insbesondere die indiskrete Fassung des Schuldscheins ausübt, so wird man kein Bedenken tragen, in diesem Klagerleichterungszweck den häufigsten und in erster Linie für die Ausgestaltung des Instituts maßgebenden Parteizweck zu erblicken.

In allen Fällen, mag es sich nun lediglich um die erleichterte Durchführung einer auch sonst klagbaren Obligation oder um die Kombination dieses Zwecks mit Feststellungs- und Abänderungszwecken oder endlich, wie beim deklarierten Delegationsversprechen, bei der Bestärkung unvollkommener Schuldverhältnisse und bei der nicht abstrakt gefaßten Feststellungs- und Abrechnungsanerkennung um die Schöpfung einer selbständigen von den bis dahin zugrund liegenden Verhältnissen unabhängigen klagbaren Schuld allein handeln, überall entspricht der Parteiabsicht die Möglichkeit der Klagbegründung auf den betreffenden „abstrakten Obligierungsakt". Insofern versehen die Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse des BGB. die Funktion, welche die römische Stipulation in der Kaiserzeit erfüllte [179]). Wie dieser mindestens die Wirkung der Aktionsbegründung zukam, so muß auch den abstrakten Schuldverträgen jedenfalls der Erfolg genügender Klagsubstanziierung entsprechen. Und zwar ist, so lange keine weiteren Geschäftszwecke erhellen, von einer bloßen Klagbegründungsfunktion auszugehen. Es muß damit gerechnet werden, daß der Klagerleichterungszweck allein stehen kann. Wo dies der Fall, müssen dem Schuldner in irgend welcher Form Einwendungen, die aus dem ursprünglichen Kausalverhältnis entnommen sind, ermöglicht werden. Treten dagegen zu diesem ersten Zweck der Klagbegründung weitere hinzu, wie die erwähnten Zwecke der Schöpfung

179) Auf die Streitfrage, ob die Stipulation von Haus aus diese Wirkung der Begründung einer Formalobligation gehabt habe und in welchem Sinn (s. Wieland a. a. O. S. 79 gegen Wendt, Jahrb. f. Dogm. Bd. 28 S. 34 ff.), braucht hier nicht eingegangen zu werden.

einer materiell abstrakten delegationsmäßigen Forderung, der Feststellung oder Schuldmodifikation, so kann eine Berufung auf die ursprünglichen Kausalverhältnisse entweder gar nicht mehr oder nur unter Beschränkungen stattfinden. Bei Hinzutreten von Schuldmodifikationen kann jedenfalls nur auf das abgeänderte Kausalverhältnis Bezug genommen werden.

§ 4. Die verwendbaren technischen Mittel und die Stellung des BGB.

Nachdem wir im bisherigen die verschiedenen Parteizwecke kennen gelernt haben, die vom Gesetzgeber bei Normierung der abstrakten Schuldverträge zu berücksichtigen sind, wäre nunmehr der Blick zu lenken auf die möglichen technischen Mittel, mit Hilfe deren jene Parteizwecke zur Durchführung gebracht werden können.

Diese Frage ist verhältnismäßig einfach zu lösen bez. der Schaffung materiell abstrakter Obligationen. Hier ist kein anderer Weg gangbar als eben die Gewährung der Möglichkeit, eine Obligation zu erzeugen, bei der dem gutgläubigen Dritten, mag derselbe nun Versprechensempfänger oder nachträglicher Erwerber des Forderungsrechts sein, keinerlei Einwendungen aus den ursprünglich zugrunde liegenden Kausalverhältnissen entgegengesetzt werden dürfen. Dabei taucht das Problem auf, in welchem Umfang eine solche Schöpfung materiell abstrakter Obligationen zugelassen und an welche Formen sie gebunden werden soll. Wir haben gesehen, daß das BGB. derartige Obligationen nur innerhalb des Anweisungsrechts oder im Anschluß an dasselbe kannte, daß es aber bei vorhandener Anweisung einem nach § 780 oder 781 abgegebenen Schuldversprechen diese Wirkung beigelegt und mithin die Obligationsbegründung beim Delegationsversprechen als eine abstrakte im Sinn dieser Paragraphen aufgefaßt hat. An und für sich wäre freilich auch die Möglichkeit gegeben gewesen, diesen Fall von

dem Rechtsinstitut des gewöhnlichen abstrakten Schuldvertrags völlig loszulösen und das Delegationsversprechen als besonderes kausales Hilfsgeschäft zu behandeln, das mit den abstrakten Versprechen und Anerkenntnissen der §§ 780 und 781 nur dann in Beziehung tritt, wenn die Delegationscausa durch eine cautio indiscreta oder Angabe eines anderen Kausalverhältnisses (z. B. angebliches Darlehen des Delegatars an den Delegaten) verdeckt wird. Die Möglichkeit, das Delegationsversprechen an eine Form, — und zwar womöglich an eine strengere als die bloße Schriftlichkeit — zu binden, wäre natürlich auch bei dieser Auffassung gegeben gewesen.

Während es sich nun bei diesen Fällen naturgemäß ausschließlich um irgend eine Art von Obligationsbegründung handeln konnte, sind bei den weiteren Zwecken der Feststellung und der Klagerleichterung verschiedene Standpunkte möglich.

Was zunächst den Klagerleichterungszweck anlangt, so hat bei ihm, wie wir sahen, die Parteiabsicht offenbar eine vorwiegend prozessuale Richtung. Es wäre deshalb auch das Nächstliegende, daß die Rechtsordnung bei Erteilung ihrer Sanktion ebenfalls mit prozessualen Mitteln operierte.

Bis zu einem gewissen Grad werden auch alle Rechtsordnungen der Absicht, einem Gläubiger die Anstellung und Durchführung einer Klage durch Ausstellung einer Urkunde zu erleichtern, auf dem Weg des Prozeßrechts entgegenzukommen suchen. So auch unser geltendes Recht.

So lange man einen das wahre Kausalverhältnis bestimmt angebenden vom Schuldner selbst gezeichneten Schein vor sich hat, wird man die Angelegenheit innerhalb des Beweisrechts erledigen. Der also gefaßte Schuldschein wird als außergerichtliches Geständnis angesehen werden, der den Beweis bis zum Beweis des Gegenteils erbringt. Bei dieser Sachlage brauchen die Parteien ja niemals zu be-

fürchten, daß durch die freie richterliche Beweiswürdigung Unsicherheit geschaffen werden könnte.

Anders, wenn aus irgend einem Grund, sei es aus Bequemlichkeit oder absichtlich der Schuldschein unbestimmter gefaßt ist oder des Hinweises auf den Schuldgrund sogar ganz entbehrt oder ein falscher Schuldgrund angegeben ist. Anders auch, wenn etwa nicht der Schuldner selbst, sondern ein zur Abgabe von Willenserklärungen für ihn legitimierter Vertreter den Schein ausgestellt oder das Versprechen abgegeben hat. Auch in solchen Fällen ist das dringende Bedürfnis vorhanden, wie namentlich die Entwicklung der gemeinrechtlichen Lehre von der cautio indiscreta und vor allem der Fall der Abrechnung gezeigt hat, der vorhandenen Parteiabsicht der Klagvereinfachung Rechnung zu tragen. Hier stellen sich jedoch der rein prozessualen Auffassung des Parteiakts je nach Lage der Prozeßgesetzgebung Schwierigkeiten entgegen[180]. Schon bei dem von einem Vertreter ausgestellten völlig diskreten Schein könnte gesagt werden, als Zeugnisurkunde kann der Schein keinen Beweis erbringen. Es müßte zum Zweck korrekter Beweisführung der Zeichner als Zeuge geladen und vereidigt vernommen werden. Aehnlich liegt es bei dem unbestimmt verweisenden Schuldschein, sobald das rechtliche Urteil und nicht die Angabe bestimmter Tatsachen im Vordergrund steht. Eine engherzige Praxis könnte hier die Beweiskraft in Zweifel ziehen. Die Parteien sind, wenn lediglich auf richterliche Beweiswürdigung abgestellt wird, nicht sicher, ihren Zweck zu erreichen. Noch mißlicher ist die Sachlage bei fingierter causa nach erbrachtem Gegenbeweis. Am schlimmsten steht es, wenn gar keine Verweisung auf den ursprünglichen Verpflichtungsgrund mehr erfolgt. Wenn alsdann aus dem Schein geklagt wird, taucht sofort die Frage der Klagsub-

180) Daß diese Schwierigkeiten überhaupt nicht gewürdigt werden, ist ein entschiedener Fehler der Neubecker schen Arbeit.

stantiierung auf. Nach der deutschen Civilprozeßordnung könnte geltend gemacht werden, daß den Erfordernissen des § 253 CPO. nicht genügt sei, daß wegen Unbestimmtheit des Klaggrunds auch der Umfang der Rechtskraft und Rechtshängigkeit sich nicht bemessen lasse.

Daß diese prozessualen Schwierigkeiten nicht unüberwindlich sind, zeigt die Stellungnahme des französischen, italienischen, englischen und amerikanischen Rechts.

Im französischen Recht, dem sich das italienische anschließt, wird — so wenigstens nach einer in der neueren Praxis durchgedrungenen Ansicht — zwar keine Möglichkeit einer abstrakten Obligierung zugegeben unter Bezugnahme auf A. 1131 des Code:

„L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet."

Dagegen wird unter Heranziehung des A. 1132: „La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée" [181]) eine Präsumption zu Gunsten eines gültigen Verpflichtungsgrunds angenommen, auch wenn der ausgestellte Schuldschein [182]) keine Angabe eines solchen enthält [183]).

Das englisch-amerikanische Recht verlangt ebenfalls bei den simple contracts (im Gegensatz zu den contracts under seal) eine sog. consideration oder good consideration. Es läßt jedoch aus den negotiable instruments und aus den Schuldscheinen eine widerlegbare Vermutung zu Gunsten der erforderlichen consideration hervorgehen [184]).

---

181) S. auch schweizer. Obligationenrecht A. 15 (unverändert aufgenommen in den Entwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuchs): „Ein Schuldbekenntnis ist gültig auch ohne die Angabe eines Verpflichtungsgrunds".

182) Nur an schriftlich verlautbarte Verträge wird die Präsumption angeknüpft.

183) S. Klingmüller, Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis S. 40 und Neubecker, Archiv f. bürg. Recht Bd. 22, S. 45—47 und die dort Zitierten.

184) S. Klingmüller S. 44 ff., Neubecker S. 51 ff.

Nach beiden Rechten wird die Präsumption nicht etwa auf einen eigens zu diesem Zweck geschlossenen prozessualen Vertrag, einen Beweisvertrag oder etwas ähnliches, zurückgeführt. Vielmehr knüpft die Rechtsordnung selbst, ein in der Rechtsprechung ausgebildetes Gewohnheitsrecht, an die Tatsache der privatrechtlichen Vereinbarung die Vermutung an [185].

Auch nach Lage der deutschen Prozeßgesetzgebung, die freilich gesetzliche Vermutungen der angegebenen Art nicht kennt, ließen sich die genannten Schwierigkeiten überwinden. Am meisten trifft dies bei den Beweisschwierigkeiten zu, die durch zweckentsprechende Anwendung des freien Beweiswürdigungsrechts hätten gehoben werden können. Die Zulassung eines Ersatzbeweises durch die Urkunde in den Fällen, in denen ein legitimierter Vertreter dieselbe ausgestellt hat, wäre in der Praxis ebenfalls zu bewerkstelligen, da positive Gesetzesbestimmungen nicht im Wege stehen. Allein auch den Einwendungen, die auf den Mangel genügender Klagsubstanziierung in den Fällen der cautio indiscreta sich gründen, ließe sich begegnen.

So hätte man z. B. den Kläger nötigen können, bei Anstellung der Klage den Vorgang, auf den der Anspruch von Haus aus sich gründete, mit derjenigen Bestimmtheit anzugeben, daß er mit keinem andern Vorgang verwechselt werden kann [186], alsdann aber den Schein auch bei indiskreter Fassung zum Beweis des in ihm selbst nicht angegebenen, bei der Klage aber namhaft gemachten Schuldbegründungsakts dienen lassen können. Bei einer solchen Ge-

---

185) Aus den Worten des A. 1132 des Code läßt sich ja wohl jene an den Schuldschein geknüpfte Präsumption nicht ableiten.

186) Ob man das Individualisierung oder Substanziierung nennen will, kann dahingestellt bleiben. Da es sich um einen Hinweis auf Entstehungstatsachen und nicht um Darlegung des Rechtsverhältnisses handelt, wäre wohl im Sinn des bekannten Individualisierungs- und Substanziierungsstreits die Bezeichnung als Substanziierung korrekter.

staltung würde man den Vorteil gehabt haben, etwaigen Versuchen des Klägers zur gleichzeitigen oder nachträglichen Erhebung einer unmittelbar auf das ursprüngliche Kausalverhältnis gegründeten Klage aufs wirksamste entgegentreten zu können.

Möglich wäre es indessen auch gewesen, die Klagerhebung auf den Schuldschein hin ohne nähere Angaben im Fall der indiskreten Fassung zu gestatten, und dann in Bezug auf die Geltendmachung von Rechtskraft und Rechtshängigkeit das im folgenden Paragraphen zu schildernde, auch bei der materiellrechtlichen Konstruktion des BGB. zugrund zu legende Verfahren einzuschlagen. Nur hätte zu diesem Zweck ein stärkerer Eingriff in die hergebrachten Anschauungen über Klagsubstanziierung gemacht werden müssen, zu dem sich Theorie und Praxis ohne gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Grundlage nicht so leicht aufschwingen mochten.

Die geschilderte Auffassung der Urkunde als Beweismittel hätte sich auch da noch durchführen lassen, wo neben dem Klagerleichterungszweck noch der weitere Zweck des Einredeverzichts oder der Schuldabänderung oder Schuldumwandlung in Frage kam. Man brauchte ja nur den durch formlosen Akt herbeiführbaren Modifikationszweck von dem Klagerleichterungszweck zu trennen und die Beweiskraft der Urkunde von Haus aus auf die eventuell abgeänderte Obligation zu beziehen. Bei Aufdeckung des Hergangs, speziell der Abweichung vom ursprünglichen Schuldverhältnis, würde sich ja der Beweis des Modifikationsakts aus der Tatsache der Urkundenausstellung ganz von selbst ergeben haben.

Zweifellos ist es nun aber, daß in der deutschen Praxis eine solche Entwicklung nicht stattgefunden hat. Seit den Zeiten des gemeinen Prozesses hatte man in andere Bahnen eingelenkt. Mochte das Substanziierungsdogma oder die Steifheit der Beweisgrundsätze oder auch die ebenfalls althergebrachte formalistische Behandlung der Rechtskrafts- und Klagänderungslehre die Hauptschuld daran tragen, Tatsache

ist, daß die frühere Prozeßtheorie von sich aus den Bedürfnissen nicht zu entsprechen wußte und daß sich infolgedessen die vielbesprochene ungesunde Praxis hinsichtlich der cautio indiscreta entwickelte, welche als Rückschlag wiederum die Bährsche Anerkennungstheorie hervorrief.

Wenn demnach die rein prozessualen Mittel zu versagen schienen, so lag es nahe, um der Parteiabsicht zur Durchführung zu verhelfen, zu Anlehen beim Privatrecht zu greifen. Dies wird man schon von den Theorieen des Beweisvertrags, Geständnisvertrags, Klagsubstanziierungsvertrags, oder wie sonst die Ausdrücke lauten mögen [187]), insofern behaupten können, als sie auf dem privatrechtlichen Grundsatz der Vertragsfreiheit und der auf dem Gebiet des Privatrechts eingeräumten Dispositionsmacht über das zugrund liegende Rechtsverhältnis basieren. Unzweifelhaft ist die privatrechtliche Konstruktion bei den Theorieen, die entweder unter Anlehnung an das römische Konstitut (Bruns) oder an das römische Stipulationsrecht (Bähr) in allen jenen Fällen, in denen der Schuldschein nicht als Beweismittel funktionieren kann, einen Schuldbegründungsvertrag annehmen.

Die prozeßwirksamen Verträge müssen de lege lata außer Ansatz bleiben. Die petitiones principii, daß das zwar nicht im ganzen Privatrecht wohl aber im Obligationenrecht herrschende Prinzip der Vertragsfreiheit auch auf das Gebiet des Beweisrechts und der Klagsubstanziierung übertragen werden dürfe, daß die privatrechtliche Dispositionsmacht auch eine derartige Verfügung über Klagsubstanziierung und Beweis zur Folge haben müsse, liegen klar zu Tage.

Hätte man solche Verträge zulassen wollen, so hätte dies ausdrücklich, sei es nun im BGB. oder in der CPO., geschehen müssen [188]).

---

187) S. vor allem Windscheid, Pand. II § 412a u. b, ferner Planck, Lehrbuch d. Civilprozesses I, S. 340 ff.

188) Von entscheidender Bedeutung ist namentlich die, m. E. übri-

Eine andere Frage ist, ob sie nicht de lege ferenda mehr Beifall verdienen würden, als ihnen geworden ist, sofern sie der regelmäßig vorhandenen empirischen Parteiabsicht gerecht zu werden suchen und zugleich durch Einschränkung des richterlichen Ermessens der Parteiabsicht und dem praktischen Bedürfnis entgegenkommen [189]. Auch hier wären die Substanziierungsschwierigkeiten überwindbar, und es wür-

gens nicht durchweg unwiderlegliche, Polemik von Wach (civ. Arch. Bd. 64, S. 216—238), Bülow (ebendaselbst S. 62 ff.) und Kohler (Gruchots Beitr. Bd. 31, S. 301 ff.) gewesen. Diese Polemik gegen die Windscheid-Planckschen Anerkennungsverträge hat augenscheinlich ihren Eindruck auf die Verf. des BGB. nicht verfehlt. Sie hat jede allgemeinere Sanktion dieses Gedankens verhindert und auch dazu beigetragen, daß der obligationenrechtliche Anerkennungsvertrag als Schuldbegründung aufgefaßt wurde. Nur die Frage, ob daneben noch Tatsachenbeweisverträge anzuerkennen seien, sollte offengelassen, bezw. der Revision der CPO. vorbehalten bleiben (s. Motive Bd. 2, S. 692). Dadurch, daß keine Bestimmungen über vertragsmäßiges außergerichtliches Geständnis aufgenommen wurden, ist auch sie negativ entschieden worden. — Es ist daher unrichtig, für das geltende Recht noch mit der Zulässigkeit derartiger Verträge zu rechnen, wie das Planck zu § 368 BGB. Z. 5 lit. b tut. Es dürfte Planck auch sehr schwer fallen, zu bestimmen, wie die auf das Bestehen eines Schuldverhältnisses (auch darauf müßte man nach den Ausführungen Plancks die Verträge beziehen, da er auch vom Nichtbestreitenwollen des Bestehens eines Rechtsverhältnisses spricht) gerichteten Beweisverträge von den schuldbegründenden Verträgen der §§ 780 u. 781 unterschieden werden sollen. — Wieder in einem andern Sinn rekurriert Crome für das Recht des BGB. auf Beweisverträge und Verträge „etwas dem Bekenntnis widersprechendes nicht behaupten zu wollen" (s. Bd. II, § 182 S. 240, 241 und § 305 S. 913). Er sucht dieselben für die Konstruktion der positiven und negativen Anerkenntnisverträge zu verwerten. Wenn ich ihn recht verstehe, will er jedoch damit nur in ähnlicher Weise, wie dies im Text dieses Paragraphen geschehen, die empirische Parteiabsicht schildern. Die materielle Wirkung der Schuldbegründung hebt er auf der andern Seite deutlich hervor. — Zu vergleichen zu der ganzen Frage auch neuerdings Hegler, Anerkenntnis und Verzicht, S. 124—130.

189) Freilich dürfte, wollte man nicht zu schlimmen Widersprüchen gelangen, der also gedachte Anerkennungsvertrag nur insoweit und unter den Formen für gültig erklärt werden, als die civilrechtliche Neubegründung oder Aufhebung der in Frage kommenden Rechtsverhältnisse möglich ist.

den gewisse Bedenken, die wir bei den materiellrechtlichen Verträgen auftauchen sehen, nicht entstehen. Die Vorstellung, daß wegen der öffentlichrechtlichen Natur des Prozeßrechts derartige Verträge unter keinen Umständen zugelassen werden dürfen, beruht auf einer vorgefaßten, durchaus nicht stichhaltigen Meinung und unterschätzt in dem zur Zeit freilich Mode gewordenen Bestreben Prozeß- und Privatrecht möglichst scharf zu trennen, das Bedürfnis der Parteien, durch rechtsgeschäftliche Abmachung im voraus auf die dem Rechtsverhältnis entspringenden prozessualen Situationen einwirken zu können[190]).

190) Durchaus zuzustimmen ist zwar, wenn Kohler (civ. Arch. Bd. 96 S. 360 ff.) das Postulat stellt, daß Normen, welche „das Leben durchdringen", die Befugnisse der Parteien im Handel und Wandel gegeneinander abgrenzen sollen, nicht in prozessuale Form gekleidet werden. Daraus folgt aber nicht, daß es nicht Fälle geben kann, bei denen es sich in erster Linie um die Regelung einer prozessualen Interessenkollision handelt und in denen es deshalb angemessen ist, die Norm auf diesen Konfliktsfall zuzuschneiden, mag sie immerhin dann auch auf das außerprozessuale Verhalten der Parteien zurückwirken und nach der Intention des Gesetzgebers zurückwirken sollen. Die Grenze zwischen den Fällen, in denen die Normierung des Konfliktsfalls in der genannten Weise im Vordergrund steht und den andern Fällen, in denen es sich in erster Linie um Regelung der außerprozessualen Beziehungen der Beteiligten handelt, ist natürlich eine fließende und manchmal mag es zweifelhaft sein, welcher Art der Normierung der Vorzug zu geben ist. Zu berücksichtigen ist dabei jedenfalls auch, daß die einzelnen Normen womöglich so aufzustellen sind, daß sie die grundlegenden Erwägungen, die zu ihnen geführt haben, erkennen lassen. (Deshalb dürfte es z. B. nicht angemessen sein, ein dem Verkäufer für den Fall nichtrechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises eingeräumtes Revokationsrecht, bei dem aber der Käufer den Beweis der rechtzeitigen Zahlung zu führen hat, dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß man sagt, Käufer behält an sich ein Recht auf die Sache, das aber durch die rechtzeitige Kaufpreiszahlung zurückzuweisen ist. So Kohler, Prozeßrechtliche Verträge und Kreationen N. 63, in Kohlers gesammelten Beiträgen zum Civilprozeß S. 161.) Auch die Parteien können bei Verträgen, die sie schließen, in erster Linie Beweislastverteilungsfragen im Sinn haben, und es ist dann nicht einzusehen, warum man, wenn man das betreffende pactum überhaupt für zulässig erklären will, genötigt sein soll, dasselbe künstlich in Rechtsbegründungen oder Rechtsveränderungen umzudeuten.

Wenn trotzdem, auch vom Standpunkt der lex ferenda aus, diesen Beweis-, Substanziierungs-, Nichtbestreitungs- oder Klagunterweisungsverträgen nicht das Wort geredet werden soll, so hat dies, abgesehen von der wohl überwindbaren Unklarheit der bisherigen Begriffsbildung [191]), vor allem darin seinen Grund, daß durch sie gegenüber der zuvor geschilderten rein prozessualen Regulierung keinerlei Vorteile erzielt würden.

So wird man denn auf den letzten Weg gewiesen, der noch gangbar bleibt, den Weg, den die in Deutschland zum Sieg gelangten Theorieen eingeschlagen haben und der im bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 780, 781 seine Sanktion erhalten hat. Man stellt den Parteien zur Er-

---

Gar nichts verschlägt das oft gehörte Argument, es könne keine derartigen Beweisverträge geben, weil dadurch (ich benütze einen Ausdruck Kohlers) in das unantastbare Internum der richterlichen Ueberzeugung eingegriffen würde. Darum handelt es sich in Wahrheit nicht. Der Richter mag überzeugt sein, von was er will, deshalb kann ihm doch anbefohlen werden und wird ihm in der Tat so und so oft, wenn auch zum Aerger der Bevormundungsjuristen, anbefohlen, bestimmte Rechtsverhältnisse oder auch Tatsachen dem erklärten Parteiwillen entsprechend als bestehend oder vorhanden zugrund zu legen. — Daß man endlich durch Zulassung solcher Beweisverträge noch lange nicht bei dem Schreckgespenst des Konventionalprozesses angelangt wäre, liegt auf der Hand.

Ob man die auf den Konfliktsfall zugeschnittenen, die Beweisverteilung regulierenden Normen sowie etwaige zugelassene Beweisverteilungsverträge materiellrechtlich oder prozeßrechtlich nennen soll, läßt sich a priori nicht entscheiden. Eine ein für allemal feststehende Grenzziehung zwischen Privatrecht und Prozeßrecht gibt es nicht. Bestimmen kann man nur, sei es aus der geschichtlichen Entwicklung, sei es aus den überwiegenden Zusammenhängen, was im Sinn einer bestimmten positiven Gesetzesnorm (z. B. EG. zu CPO. § 14) als prozessualer Rechtssatz anzusehen ist.

191) Schon die Terminologie war bekanntlich eine äußerst vielgestaltige. Allein auch sachlich blieben große Differenzen. Insbesondere war es nicht gelungen, die bloß dem Klagerleichterungszweck dienenden Verträge in klarer Weise von den feststellenden Verträgen i. e. S. zu sondern. Beide wurden unter der Kategorie des Anerkenntnisvertrags zusammengeworfen und auch von prozessualen Feststellungs- und Nichtbestreitungsverträgen wurde auf beiden Seiten gesprochen.

reichung ihres Klagerleichterungszwecks ein wenigstens scheinbar rein materielles Rechtsgeschäft zur Verfügung, eine Obligationsbegründung, der gegenüber der Nachweis des mangelnden ursprünglichen Kausalverhältnisses seitens des Beklagten offengehalten wird. Man „interpretiert" die auf solche Klagerleichterung abzielenden Parteiakte überall, wo die prozessuale Auffassung den Parteiinteressen nicht gerecht zu werden vermag, als Obligationsbegründungsverträge. Constitutum debiti und stipulatio debiti hatten ja für ein solches Vorgehen die Vorbilder geliefert [192]).

Gegen die Gangbarkeit des vom BGB. also eingeschlagenen Wegs ist nun von verschiedenen Seiten ebenso wie früher gegen die von den Redaktoren zugrund gelegte Bähr sche Theorie lebhafter Widerspruch erhoben worden, zunächst von Kindel, dann neuerdings wieder von Neubecker und Wieland [193]). Dabei ist der Normierung des Gesetzes nicht bloß Unbilligkeit oder Unzweckmäßigkeit, sondern geradezu logischer Widerspruch und völlige praktische Undurchführbarkeit vorgeworfen worden. So meint, wie

192) Auf eine nähere Darlegung des römischen Stipulationsrechts und seiner geschichtlichen Entwicklung kann hier nicht eingetreten werden. Insbesondere muß der Streit zwischen Bähr und seinen Anhängern einerseits, Kindel (Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund) andererseits, über die Auslegung der römischen Quellen außer Betracht bleiben. Bekommt man ja doch bei der Lektüre dieser Ausführungen den deutlichsten Eindruck, daß es im Grund der Herren eigener Geist ist, in dem die Zeiten (bezw. Quellen) sich bespiegeln. Die Tendenz, das aus den Quellen herauszulesen, was die betreffenden Autoren für praktisch brauchbares Recht halten, ist offensichtlich. Auf die historischen Wandlungen des Stipulationsrechts wird überhaupt nicht eingegangen. Für die uns vorliegende Frage nach der Stellungnahme des BGB. ist alles das irrelevant, weil dieses keinenfalls unmittelbar an das römische Recht, sondern an die zunächst vorausgegangene dogmengeschichtliche Entwicklung angeknüpft hat. — Daß die Stipulation, formal betrachtet, Obligationsbegründungsakt gewesen ist, kann ja keinem Zweifel unterliegen.

193) Kindel a. a. O. durch die ganze Abhandlung hindurch, gegen den 1. Entwurf speziell in § 23. Neubecker a. a. O. S. 76 ff. Wieland a. a. O. S. 75 ff.

schon erwähnt, Neubecker (a. a. O. S. 76), daß der ganze abstrakte Vertrag des BGB. in der Luft hänge.

Prüfen wir zunächst einmal die Einwendungen, welche gegen die „logische Möglichkeit" der vom GB. zugrund gelegten Konstruktion vorgebracht werden, so ergibt sich bei ihnen, daß sie in Wirklichkeit nur die Ausdrucksform der gesetzgeberischen Anordnung betreffen, infolge dessen keine praktische Bedeutung haben.

So steht es vor allem bezüglich des schon von Kindel benützten, von Neubecker wiederum stark betonten Arguments, das sich mit Neubeckers Worten folgendermaßen formulieren läßt:

„Die sine causa begründete Verpflichtung kann kondiziert werden, insoweit kann exzipiert werden, insoweit besteht keine Verpflichtung, also ist die Verpflichtung, die kondiziert werden kann, keine".

Gegen diesen, aus der gemeinrechtlichen Exzeptionenliteratur wohlbekannten Schluß wäre zunächst einzuwenden, daß nach dem Recht des BGB. Einredebarkeit und Ungültigkeit keineswegs dasselbe ist. Jedenfalls nach der herrschenden Meinung [194]) ist ein wesentlicher Unterschied zwischen Nichtexistenz eines Anspruchs und Entkräftbarkeit desselben durch echte Einrede anzunehmen. Bei bloßer Einredebarkeit besteht die Obligation zu Recht, bis sie durch einen Willensakt des Einredeberechtigten umgestoßen wird. Daraus würde (von der später zu besprechenden Kippschen Modifikation zunächst noch abgesehen), folgen, daß wenn gegen eine Obligation aus abstraktem Schuldvertrag in der Tat nur condictio sine causa oder echte Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung möglich sein sollte, an sich einer Klage stattzugeben wäre, wenn Beklagter nicht erscheint und seine Einrede geltend macht. Dies hätte auch dann zu geschehen, wenn aus dem klägerischen Vortrag der Causamangel sich ergeben würde.

194) Ein Aufrollen der ganzen Kontroverse ist unmöglich.

Anders, wenn man die herrschende Ansicht über die Einreden des bürgerlichen Gesetzbuchs nicht teilt, oder wenn man annimmt, daß bei den abstrakten Verträgen mit Klagerleichterungszweck nicht Einredebarkeit in diesem strengen Sinn des Worts gegeben sei, daß vielmehr, sobald der Kausamangel irgendwie feststehe, die Obligation entfalle.

Auch unter dieser Voraussetzung käme man indessen noch nicht zu einem direkten logischen Widerspruch. Ein solcher würde nur vorliegen, wenn das Gesetz auf der einen Seite sagte, der abstrakte Vertrag als solcher bringt eine Obligation zustand auch unabhängig vom Zugrundeliegen des Kausalverhältnisses, das gesichert werden soll, und auf der andern Seite anordnete, bei Fehlen oder Mangelhaftigkeit des Kausalverhältnisses, auf das der abstrakte Vertrag sich beziehen sollte, wird die Obligation doch nicht erzeugt. Dann hätte man in der Tat eine Obligation, die zugleich ist und nicht ist, die wirklich nur ein konstruktives oder fiktives Dasein führen würde. Wo in aller Welt spricht aber das Gesetz solches aus? Es sagt doch nur in § 780, daß wenn selbständige Begründung einer Obligation, d. h. einer Obligation, bei der nur das begründende Versprechen und die in dasselbe ausdrücklich aufgenommenen Voraussetzungen nachgewiesen zu werden brauchen, beabsichtigt sei, die Schriftform angewandt werden müsse. Entsprechendes soll, wie wir gesehen haben, bei der Obligationsbegründung durch Anerkenntnis gelten.

Dadurch wird der rechtsbegründende Tatbestand bestimmt, woraus sich wiederum die bei einer Klage zu beweisenden Voraussetzungen der Obligationsbegründung ergeben. Ueber die weiteren Voraussetzungen, deren Fehlen nur als rechtshindernde Tatsache in Betracht kommen soll, ist überhaupt nichts ausgesagt. Würde also das Fehlen oder die Mangelhaftigkeit des Kausalverhältnisses wirklich ein Hinderungsgrund für das Zustandekommen der

Obligation sein, so stünde das mit der Fassung des § 780 so wenig im Widerspruch wie etwa der § 762 Abs. 2. Zu formulieren wäre dann der Inhalt des Gesetzes dahin: zum Zustandekommen einer die Klagerleichterung bezweckenden Sicherungsobligation ist zwar das Vorhandensein eines zu sichernden Grundverhältnisses erforderlich, allein dieses Grundverhältnis braucht im Prozeß nicht vom Kläger dargelegt zu werden. Freilich würde man solchenfalls nicht behaupten können, daß die Formulierung des Gesetzes, insbesondere die im folgenden Paragraphen noch genauer zu schildernde Heranziehung des Bereicherungsrechts, das zugrund liegende Verhältnis in sehr klarer Weise zum Ausdruck brächte. Die Kondiktion würde in der Tat nur zur Geltendmachung einer Ungültigkeit dienen.

Ein weiterer Angriff auf die Möglichkeit solcher abstrakter Obligationsbegründungsverträge findet sich bei Wieland.

Die Wielandschen Deduktionen gipfeln in folgendem: entweder müsse man mit der Konstruktion, daß eine neue selbständige Verpflichtung entstehe, Ernst machen und dann zu einer Reihe unbrauchbarer Entscheidungen — er hebt namentlich die Rechtskraft hervor — gelangen, oder aber, falls man das nicht tue [195]), komme man zu einem bloßen prozessualen Beweis- und Substanziierungsvertrag. Diese Dinge aber liegen jenseits des subjektiven Parteibeliebens.

Die erste Alternative enthält offensichtlich nur eine Billigkeits- bezw. Zweckmäßigkeitskritik, auf die zurückzukommen sein wird. Bei der zweiten irrt Wieland insofern, als er in aprioristischer Weise die Unmöglichkeit eines jene Prozeßfragen berührenden Paktierens der Parteien annimmt. Sobald ausdrückliche Gesetzesbestimmungen in Frage kommen, besteht eben jene Unmöglichkeit nicht mehr, und es ließe sich

195) Wieland scheint davon auszugehen, daß unter keinen Umständen das Gesetz so ausgelegt werden dürfe, daß derartige Unzuträglichkeiten entstehen.

höchstens noch der Vorwurf erheben, daß in scheinbar privatrechtlichem Gewand eine in Wahrheit das Prozeßrecht berührende Bestimmung gegeben würde. Das wäre schlimmstenfalls ein die Form der gesetzlichen Normierung betreffender Schönheitsfehler, der bei dem Ineinandergreifen von Prozeß und Privatrecht und der Willkürlichkeit ihrer Abgrenzung keinenfalls schwer wiegen dürfte.

Sehr viel ungünstiger stünde es um die Normierung des Gesetzes, wenn der von Kindel und von Neubecker erhobene Einwand zuträfe, daß der Tatbestand, an den das Gesetz die Wirkung der abstrakten Obligierung knüpfe, gar nicht bestimmbar sei. Zunächst wird dargelegt, daß auf einen abstrakten Parteiwillen nicht abgestellt werden könne, da ein solcher nicht vorkomme oder gar überhaupt nicht denkbar sei. Daran wird sodann die weitere Deduktion geknüpft, daß andere Kriterien der Abgrenzung vom Gesetz nirgends angegeben seien.

Diese Polemik erledigt sich durch das oben in § 3 Ausgeführte.

Denkbar ist, wie wir gesehen haben, die Vorstellung der Parteien, daß die Rechtsordnung eine bestimmte Einzelwirkung eintreten lassen soll, ohne von vornherein die weiteren Parteizwecke, die Entgeltsfrage, die Funktion des betreffenden Geschäfts und sein Verhältnis zu einem zugrunde liegenden Kausalverhältnis untersuchen zu lassen. Logische Voraussetzung für die Bildung einer solchen Vorstellung ist nur, daß die Rechtsordnung ihrerseits ein solches Verhalten für den Fall eines dahin erklärten Parteiwillens in Aussicht stellt.

Zuzugeben ist nun freilich, daß ein Parteiwille, unmittelbar gerichtet auf „Begründung einer selbständigen Obligation im Sinn von § 780 u. 781", trotz seiner logischen Möglichkeit im Leben so gut wie gar keine Rolle spielt und daß der Versuch, diesen Willen als solchen zum Beweis zu verstellen, wie ihn so manche Gerichte machen[196]), nahezu

196) S. z. B. OLG.-Entsch. Bd. 4 Nr. 17 (S. 50).

immer zu einem negativen Ergebnis führen wird. Soll also der Gesetzesbestimmung wirklich praktische Bedeutung zukommen, so muß sich dartun lassen, welche realiter vorkommenden Parteiabsichten im Sinn des nach § 780 und 781 erforderlichen Willens zu deuten sind, bezw. bei welchen Interessenlagen nach bekannten Auslegungsgrundsätzen eine entsprechende Parteiabsicht angenommen werden darf [197]).

Aus den Zweckbetrachtungen des vorigen Paragraphen sind nun aber mit Leichtigkeit die Grundlagen für die Beantwortung der Frage nach dem die Wirkungen der abstrakten Obligierung auslösenden Tatbestand zu gewinnen.

Bleiben wir bei dem Klagerleichterungszweck stehen, so wird überall, wo die Sicherung der prozessualen Durchführung einer Obligation von den Parteien bezweckt wird und die von ihnen angewandten Mittel nach den Grundsätzen unseres Prozeßrechts nicht ausreichen, um dieses Resultat herbeizuführen, ein abstrakter Vertrag anzunehmen sein. Verbindet sich mit dem ersten Zweck der Klagerleichterung noch der andere des Einredeverzichts, Schuldumwandlung oder Schuldmodifikation, so ist der Schluß auf die Absicht selbständiger Obligationsbegründung ebenfalls, unter Umständen doppelt, gesichert.

Auf die von Kindel und Neubecker bei ihrem Angriff wohl schwerlich ins Auge gefaßten Fälle der Konstituierung delegationsmäßig abstrakter Forderungen, der Feststellungsgeschäfte i. e. S. und der Klagbarmachung un-

---

197) Daß es sich bei dieser Auslegung nicht immer um Aufdeckung von wirklich vorhandenen Parteivorstellungen, sondern um Feststellung eines objektiven Sinns der Parteierklärungen und damit um Ermittlung des Angemessenen, auf Grund billiger Abwägung der Interessenlage der Parteien, handelt, soll auch hier nochmals ausdrücklich hervorgehoben werden. Wenn mir neuerdings Dniestranski (die Aufträge zu Gunsten Dritter I S. 86 N. 1) den Vorwurf macht, daß ich mich in meiner Abhandlung über Handeln in fremdem Namen vollständig im Bann einer (sc. falschen) Willenstheorie bewegt habe und den Einfluß des sozialen Verkehrs gar nicht betone, so scheint er die Ausführungen S. 297—300 nicht gelesen zu haben.

vollkommener Verbindlichkeiten läßt sich die Behauptung, es fehle an einem bestimmbaren Tatbestand, gar nicht beziehen.

So blieben denn nur die Einwendungen übrig, welche die Praktikabilität oder Billigkeit der einzelnen aus dem prinzipiellen Standpunkt des Gesetzes, sei es mit Recht sei es mit Unrecht, gezogenen Konsequenzen betreffen[198]). Diese Einwendungen können nun aber niemals dazu führen, jenen prinzipiellen Standpunkt des Gesetzes für unmöglich zu erklären, sie führen nur zu einer Kritik dieses Standpunkts und sind eventuell für Vorschläge de lege ferenda zu verwerten. Da sie erst nach Erörterung der Durchführung des gesetzlichen Ausgangspunkts besprochen werden können, sind sie zurückzustellen.

Wir gelangen zum Schluß zu den Feststellungs- und Modifikationszwecken. Hier bereiten die geringsten Schwierigkeiten die Fälle, in denen der von den Parteien verfolgte Abänderungszweck durch einfaches kausales pactum oder durch einseitigen formlosen Akt zu erreichen wäre und in denen nur wegen des hinzutretenden Klagerleichterungszwecks zu der Form des Schuldversprechens oder Anerkenntnisses gegriffen wird. Hatte das Gesetz einmal bei der Sanktion des Klagerleichterungszwecks zu dem Mittel der selbständigen Obligationsbegründung gegriffen, so konnte kein Zweifel darüber sein, daß das Mittel auch für diese weiteren Fälle verwendbar zu machen war. Der für den Parteiakt, so wie er vorgenommen, entscheidende Klagerleichterungszweck mußte in derselben Weise zur Durchführung gebracht werden, wie wenn er allein stand. Da die verschiedenen Parteizwecke sich in den genannten Fällen klar und deutlich scheiden lassen und jeder für sich durch ein besonderes Geschäft erreicht werden kann, wird man ganz von selbst zu der Vorstellung gedrängt, daß hier eben die modifizierte Grundobligation durch

198) Solche werden namentlich von Kindel, aber auch von Neubecker und Wieland vorgebracht.

die daneben gestellte abstrakte Obligation in ihrer Durchführung gefördert werde.

Nicht so einfach ist die Situation bei der Feststellung im engeren Sinn, bei der Abrechnungsanerkennung und der Klagbarmachung einer unvollkommenen Verbindlichkeit.

Was zunächst die Feststellungen i. e. S. einschließlich der vergleichsmäßigen Feststellungen anlangt, so wäre hier die Zulassung eines Außerstreitsetzungsvertrags, welcher die Parteien verhindert hätte, die Existenz der Forderung in dem festgestellten Betrag zu bestreiten, möglich gewesen.

Diesen Vertrag dürfte man sich nicht ausschließlich auf das prozessuale Nichtbestreiten gerichtet denken. Denn daß die Parteien nicht bloß für den Fall des Prozesses Vorsorge treffen, vielmehr ihr gesamtes künftiges Verhalten zu einander regeln wollen, steht außer Zweifel. Vielmehr hätte ein materiellrechtlicher, wenn auch zugleich prozeßwirksamer, deklarativer Feststellungsvertrag anerkannt werden müssen, der keine selbständige Klagbegründung abgegeben, sondern nur den gegen die Existenz der Grundobligation erhobenen Widerspruch innerhalb der Grenzen der Feststellung abgeschnitten haben würde.

Aber freilich, gegen einen solchen Nichtbestreitungsvertrag mußten ähnliche Bedenken obwalten wie gegen die Beweisverträge oder Klagsubstanziierungsverträge im Fall der bloßen Klagerleichterungsabsicht der Parteien. Und wenn man sich schon bei den letzteren entschloß, die Konstruktion der Obligationsbegründung zur Anwendung zu bringen, so lag es weitaus am nächsten, bei der Feststellungsabsicht ebenso zu verfahren. Waren ja doch die Beweisverträge und Nichtbestreitungsverträge gar nicht immer scharf von einander geschieden worden[199]. Außerdem mochte die vom Gesetz tatsächlich zu

199) So vor allem bei Planck, Lehrb. des Civilprozesses Bd. I S. 340 ff., der die Beweisverträge dahin zu fassen sucht, daß man sich bei ihnen zum Nichtbestreiten verpflichte für den Fall, daß es nicht gelingen sollte, den Richter von der Unrichtigkeit der Angriffsbehauptung zu überzeugen.

Grund gelegte Konstruktion der Obligationsbegründung noch dadurch begünstigt sein, daß man annahm, daß die auf diesem Weg erreichte Erleichterung der Klagbegründung (bloße Bezugnahme auf den Feststellungsakt statt auf die ursprüngliche Obligationsbegründung zusammen mit der späteren Feststellung) sei von erheblichem Vorteil. Ob man nicht durch den Feststellungsvertrag gewisse Schwierigkeiten bezüglich der Klagänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft hätte umgehen können, wurde nicht zur Erwägung gezogen.

Nachdem man sich entschlossen hatte, von der Konstruktion der Obligationsbegründung auszugehen, hätte man allerdings immer noch nicht nötig gehabt, den Vertrag unter die Kategorie des abstrakten Versprechens oder Anerkenntnisses zu subsumieren. Man hätte, selbst wo man Formvorschriften aufzustellen beabsichtigte, — was besonderer Erwägung anheim zu geben gewesen wäre —, den Feststellungsvertrag als kausales Hilfsgeschäft und die zum Zweck der Feststellung neugeschaffene Obligation als materiell individualisierte auffassen können, so daß nur bei irgendwelcher Verdeckung oder Verschleierung der Hilfsgeschäftscausa die Kategorie der abstrakten Obligierung zur Anwendung zu bringen gewesen wäre. Und ebenso wie beim Feststellungsvertrag konnte bei der Abrechnung und bei der Klagbarmachung unvollkommener Verbindlichkeiten verfahren werden.

Die dogmengeschichtliche Entwicklung führte, nachdem man sich einmal gewöhnt hatte, unter der Rubrik des Anerkennungsvertrags die heterogensten Dinge, u. a. auch jene Feststellungsanerkennungen, zusammenzubegreifen, zu einem andern Resultat. Man subsumierte die sämtlichen Fälle, die bisher unter die Kategorie des Anerkenntnisses gebracht worden waren, nunmehr unter den Begriff der selbständigen Obligierung und unterschied zwischen selbständigem Schuldversprechen und Anerkenntnis nur noch nach der Form des Obligierungsakts. So gelangte man dazu, auch die

Feststellungsanerkennungen, indem man sie aus dem Zusammenhang des Feststellungsgeschäfts herauslöste, als selbständige Obligierungen aufzufassen. Man betonte dabei lediglich die Unabhängigkeit der neuen Obligation von der anfänglichen Grundobligation, auf welche bei der feststellenden Abmachung Bezug genommen wird und stellte nicht die Frage nach dem Zusammenhang mit der gesamten hilfsgeschäftlichen Abmachung, innerhalb deren die Obligierung erfolgt [200]). Diese Auffassung, die sich für die Feststellungsgeschäfte und Saldoanerkenntnisse aus § 782 strikte nachweisen läßt, muß auch für die Anerkennungen zugrund gelegt werden, durch welche unvollkommene Verbindlichkeiten klagbar gemacht werden sollen. Hier lag sie um so näher, als man auf diese Bestätigungsgeschäfte auch die privatschriftliche Form der §§ 780 und 781 zur Anwendung bringen wollte, von der man bei Vergleich und Abrechnung Abstand nahm.

Die geschilderte Betrachtungsweise und überhaupt die Zusammenfassung aller jener heterogenen Fälle unter den Begriff der abstrakten Obligation hat zweifellos auf die gesamte konstruktive Ausgestaltung des Rechtsinstituts der abstrakten Schuldverträge weitgehenden Einfluß ausgeübt, indem sie eine reinliche Scheidung zwischen dem Klagerleichterungszweck und den sonstigen bei jenen „selbständigen Obligierungen" noch zugrund liegenden Zwecken verhinderte und dazu führte, die Einzelbestimmungen so zu geben, daß sie ganz verschiedenen Zwecken adaptiert werden konnten. An einer sachgemäßen Behandlung der verschiedenen Fälle wird indessen die angewandte konstruktive Auffassung nicht zu hindern vermögen. In letzter Linie wird sich die Tatsache, daß bei jenen Feststellungsverträgen und beim Delegationsversprechen die Loslösung von der ursprünglich vor-

---

200) S. auch oben § 1 gegen Ende.

handenen oder vorausgesetzten Grundobligation in ganz anderem Sinne erfolgt, als bei den Klagerleichterungsverträgen, immer Geltung verschaffen müssen.

§ 5. Die Obligationsbegründung als selbständige Vermögensleistung.

Die erste und nächste Folge der Zusammenfassung so verschiedenartiger Zwecke unter den gemeinsamen Gesichtspunkt der abstrakten oder selbständigen Obligierung mußte sein, daß man nicht schlechthin den Gegenbeweis, es sei eine Grundobligation des betreffenden Inhalts ursprünglich nicht vorhanden gewesen, gegen den eine solche abstrakte Obligation verkörpernden Schuldschein zulassen konnte. Dem Schuldschein kann man es ja nicht ansehen, ob nicht bei seiner Ausstellung die Absicht, ein materiell abstraktes Forderungsrecht zu begründen oder irgendwelche Feststellungs- oder Modifikationsabsicht zugrund gelegen hat. Erst wenn man den bloßen Klagerleichterungszweck in Bezug auf eine bestimmte Grundobligation als feststehend annimmt, kann man den einfachen Nachweis gestatten, daß die zu deckende Obligation nicht oder nicht in dieser Weise bestanden habe. Bei Vorliegen eines Feststellungszwecks i. e. S. oder eines Zahlungsaustauschzwecks muß dagegen zur Entkräftung der abstrakten Obligation irgendwie eine sonstige Unwirksamkeit des Obligierungsakts dargetan werden.

Allen diesen verschiedenen Situationen hätte man trotz der Zusammenfassung unter die Rubrik „abstrakte Schuldverträge" auch dadurch gerecht werden können, daß man die Wirkungen in den einzelnen Fällen verschieden gestaltet und die Verteidigung des Schuldners von dem Vorliegen des einen oder andern Hilfsgeschäfts abhängig gemacht hätte. So hätte man bei feststehendem Klagerleichterungszweck zur bloßen Beweislastverschiebung kommen können, indem man, wie schon im vorigen Paragraphen als möglich vorausgesetzt

Feststellungsanerkennungen, indem man sie aus dem Zusammenhang des Feststellungsgeschäfts herauslöste, als selbständige Obligierungen aufzufassen. Man betonte dabei lediglich die Unabhängigkeit der neuen Obligation von der anfänglichen Grundobligation, auf welche bei der feststellenden Abmachung Bezug genommen wird und stellte nicht die Frage nach dem Zusammenhang mit der gesamten hilfsgeschäftlichen Abmachung, innerhalb deren die Obligierung erfolgt [200]. Diese Auffassung, die sich für die Feststellungsgeschäfte und Saldoanerkenntnisse aus § 782 strikte nachweisen läßt, muß auch für die Anerkennungen zugrund gelegt werden, durch welche unvollkommene Verbindlichkeiten klagbar gemacht werden sollen. Hier lag sie um so näher, als man auf diese Bestätigungsgeschäfte auch die privatschriftliche Form der §§ 780 und 781 zur Anwendung bringen wollte, von der man bei Vergleich und Abrechnung Abstand nahm.

Die geschilderte Betrachtungsweise und überhaupt die Zusammenfassung aller jener heterogenen Fälle unter den Begriff der abstrakten Obligation hat zweifellos auf die gesamte konstruktive Ausgestaltung des Rechtsinstituts der abstrakten Schuldverträge weitgehenden Einfluß ausgeübt, indem sie eine reinliche Scheidung zwischen dem Klagerleichterungszweck und den sonstigen bei jenen „selbständigen Obligierungen" noch zugrund liegenden Zwecken verhinderte und dazu führte, die Einzelbestimmungen so zu geben, daß sie ganz verschiedenen Zwecken adaptiert werden konnten. An einer sachgemäßen Behandlung der verschiedenen Fälle wird indessen die angewandte konstruktive Auffassung nicht zu hindern vermögen. In letzter Linie wird [illegible] sache, daß bei jenen Feststellungsver[illegible] gationsversprechen die Loslösun[illegible]

200) S. auch oben § 1 g[illegible]

handenen oder vorausgesetzten Grundobligation in ganz anderem Sinne erfolgt, als bei den Klagerleichterungsverträgen, immer Geltung verschaffen müssen.

§ 5. Die Obligationsbegründung als selbständige Vermögensleistung.

Die erste und nächste Folge der Zusammenfassung so verschiedenartiger Zwecke unter den gemeinsamen Gesichtspunkt der abstrakten oder selbständigen Obligierung mußte sein, daß man nicht schlechthin den Gegenbeweis, es sei eine Grundobligation des betreffenden Inhalts ursprünglich nicht vorhanden gewesen, gegen den eine solche abstrakte Obligation verkörpernden Schuldschein zulassen konnte. Dem Schuldschein kann man es ja nicht ansehen, ob nicht bei seiner Ausstellung die Absicht, ein materiell abstraktes Forderungsrecht zu begründen oder irgendwelche Feststellungs- oder Modifikationsabsicht zugrund gelegen hat. Erst wenn man den bloßen Klagerleichterungszweck in Bezug auf eine bestimmte Grundobligation als feststehend annimmt, kann man den einfachen Nachweis gestatten, daß die zu deckende Obligation nicht oder nicht in dieser Weise bestanden habe. Bei Vorliegen eines Feststellungszwecks i. e. S. oder eines Zahlungsaustauschzwecks muß dagegen zur Entkräftung der abstrakten Obligation irgendwie eine sonstige Unwirksamkeit des Obligierungsakts dargetan werden.

Allen diesen verschiedenen Situationen hätte man trotz der Zusammenfassung unter die Rubrik „abstrakte Schuldverträge" auch dadurch gerecht werden können, daß man die Wirkungen in den einzelnen Fällen verschieden gestaltet und die Be[illegible]ung des Schuldners von dem Vorliegen des eine[illegible] Hilfsge[illegible] abhängig gemacht hätte. So hö[illegible] feststehend[illegible]leichterungszweck zur bloßen [illegible]ebung [illegible] können, indem man [illegible]gen [illegible] möglich vorausg[illegible]

Obligation sein, so stünde das mit der Fassung des § 780 so wenig im Widerspruch wie etwa der § 762 Abs. 2. Zu formulieren wäre dann der Inhalt des Gesetzes dahin: zum Zustandekommen einer die Klagerleichterung bezweckenden Sicherungsobligation ist zwar das Vorhandensein eines zu sichernden Grundverhältnisses erforderlich, allein dieses Grundverhältnis braucht im Prozeß nicht vom Kläger dargelegt zu werden. Freilich würde man solchenfalls nicht behaupten können, daß die Formulierung des Gesetzes, insbesondere die im folgenden Paragraphen noch genauer zu schildernde Heranziehung des Bereicherungsrechts, das zugrund liegende Verhältnis in sehr klarer Weise zum Ausdruck brächte. Die Kondiktion würde in der Tat nur zur Geltendmachung einer Ungültigkeit dienen.

Ein weiterer Angriff auf die Möglichkeit solcher abstrakter Obligationsbegründungsverträge findet sich bei Wieland.

Die Wielandschen Deduktionen gipfeln in folgendem: entweder müsse man mit der Konstruktion, daß eine neue selbständige Verpflichtung entstehe, Ernst machen und dann zu einer Reihe unbrauchbarer Entscheidungen — er hebt namentlich die Rechtskraft hervor — gelangen, oder aber, falls man das nicht tue [195]), komme man zu einem bloßen prozessualen Beweis- und Substanziierungsvertrag. Diese Dinge aber liegen jenseits des subjektiven Parteibeliebens.

Die erste Alternative enthält offensichtlich nur eine Billigkeits- bezw. Zweckmäßigkeitskritik, auf die zurückzukommen sein wird. Bei der zweiten irrt Wieland insofern, als er in aprioristischer Weise die Unmöglichkeit eines jene Prozeßfragen berührenden Paktierens der Parteien annimmt. Sobald ausdrückliche Gesetzesbestimmungen in Frage kommen, besteht eben jene Unmöglichkeit nicht mehr, und es ließe sich

195) Wieland scheint davon auszugehen, daß unter keinen Umständen das Gesetz so ausgelegt werden dürfe, daß derartige Unzuträglichkeiten entstehen.

höchstens noch der Vorwurf erheben, daß in scheinbar privatrechtlichem Gewand eine in Wahrheit das Prozeßrecht berührende Bestimmung gegeben würde. Das wäre schlimmstenfalls ein die Form der gesetzlichen Normierung betreffender Schönheitsfehler, der bei dem Ineinandergreifen von Prozeß und Privatrecht und der Willkürlichkeit ihrer Abgrenzung keinenfalls schwer wiegen dürfte.

Sehr viel ungünstiger stünde es um die Normierung des Gesetzes, wenn der von Kindel und von Neubecker erhobene Einwand zuträfe, daß der Tatbestand, an den das Gesetz die Wirkung der abstrakten Obligierung knüpfe, gar nicht bestimmbar sei. Zunächst wird dargelegt, daß auf einen abstrakten Parteiwillen nicht abgestellt werden könne, da ein solcher nicht vorkomme oder gar überhaupt nicht denkbar sei. Daran wird sodann die weitere Deduktion geknüpft, daß andere Kriterien der Abgrenzung vom Gesetz nirgends angegeben seien.

Diese Polemik erledigt sich durch das oben in § 3 Ausgeführte.

Denkbar ist, wie wir gesehen haben, die Vorstellung der Parteien, daß die Rechtsordnung eine bestimmte Einzelwirkung eintreten lassen soll, ohne von vornherein die weiteren Parteizwecke, die Entgeltsfrage, die Funktion des betreffenden Geschäfts und sein Verhältnis zu einem zugrunde liegenden Kausalverhältnis untersuchen zu lassen. Logische Voraussetzung für die Bildung einer solchen Vorstellung ist nur, daß die Rechtsordnung ihrerseits ein solches Verhalten für den Fall eines dahin erklärten Parteiwillens in Aussicht stellt.

Zuzugeben ist nun freilich, daß ein Parteiwille, unmittelbar gerichtet auf „Begründung einer selbständigen Obligation im Sinn von § 780 u. 781", trotz seiner logischen Möglichkeit im Leben so gut wie gar keine Rolle spielt und daß der Versuch, diesen Willen als solchen zum Beweis zu verstellen, wie ihn so manche Gerichte machen[196]), nahezu

196) S. z. B. OLG.-Entsch. Bd. 4 Nr. 17 (S. 50).

immer zu einem negativen Ergebnis führen wird. Soll also der Gesetzesbestimmung wirklich praktische Bedeutung zukommen, so muß sich dartun lassen, welche realiter vorkommenden Parteiabsichten im Sinn des nach § 780 und 781 erforderlichen Willens zu deuten sind, bezw. bei welchen Interessenlagen nach bekannten Auslegungsgrundsätzen eine entsprechende Parteiabsicht angenommen werden darf [197]).

Aus den Zweckbetrachtungen des vorigen Paragraphen sind nun aber mit Leichtigkeit die Grundlagen für die Beantwortung der Frage nach dem die Wirkungen der abstrakten Obligierung auslösenden Tatbestand zu gewinnen.

Bleiben wir bei dem Klagerleichterungszweck stehen, so wird überall, wo die Sicherung der prozessualen Durchführung einer Obligation von den Parteien bezweckt wird und die von ihnen angewandten Mittel nach den Grundsätzen unseres Prozeßrechts nicht ausreichen, um dieses Resultat herbeizuführen, ein abstrakter Vertrag anzunehmen sein. Verbindet sich mit dem ersten Zweck der Klagerleichterung noch der andere des Einredeverzichts, Schuldumwandlung oder Schuldmodifikation, so ist der Schluß auf die Absicht selbständiger Obligationsbegründung ebenfalls, unter Umständen doppelt, gesichert.

Auf die von Kindel und Neubecker bei ihrem Angriff wohl schwerlich ins Auge gefaßten Fälle der Konstituierung delegationsmäßig abstrakter Forderungen, der Feststellungsgeschäfte i. e. S. und der Klagbarmachung un-

197) Daß es sich bei dieser Auslegung nicht immer um Aufdeckung von wirklich vorhandenen Parteivorstellungen, sondern um Feststellung eines objektiven Sinns der Parteierklärungen und damit um Ermittlung des Angemessenen, auf Grund billiger Abwägung der Interessenlage der Parteien, handelt, soll auch hier nochmals ausdrücklich hervorgehoben werden. Wenn mir neuerdings Dniestranski (die Aufträge zu Gunsten Dritter I S. 86 N. 1) den Vorwurf macht, daß ich mich in meiner Abhandlung über Handeln in fremdem Namen vollständig im Bann einer (sc. falschen) Willenstheorie bewegt habe und den Einfluß des sozialen Verkehrs gar nicht betone, so scheint er die Ausführungen S. 297—300 nicht gelesen zu haben.

vollkommener Verbindlichkeiten läßt sich die Behauptung, es fehle an einem bestimmbaren Tatbestand, gar nicht beziehen.

So blieben denn nur die Einwendungen übrig, welche die Praktikabilität oder Billigkeit der einzelnen aus dem prinzipiellen Standpunkt des Gesetzes, sei es mit Recht sei es mit Unrecht, gezogenen Konsequenzen betreffen[198]). Diese Einwendungen können nun aber niemals dazu führen, jenen prinzipiellen Standpunkt des Gesetzes für unmöglich zu erklären, sie führen nur zu einer Kritik dieses Standpunkts und sind eventuell für Vorschläge de lege ferenda zu verwerten. Da sie erst nach Erörterung der Durchführung des gesetzlichen Ausgangspunkts besprochen werden können, sind sie zurückzustellen.

Wir gelangen zum Schluß zu den Feststellungs- und Modifikationszwecken. Hier bereiten die geringsten Schwierigkeiten die Fälle, in denen der von den Parteien verfolgte Abänderungszweck durch einfaches kausales pactum oder durch einseitigen formlosen Akt zu erreichen wäre und in denen nur wegen des hinzutretenden Klagerleichterungszwecks zu der Form des Schuldversprechens oder Anerkenntnisses gegriffen wird. Hatte das Gesetz einmal bei der Sanktion des Klagerleichterungszwecks zu dem Mittel der selbständigen Obligationsbegründung gegriffen, so konnte kein Zweifel darüber sein, daß das Mittel auch für diese weiteren Fälle verwendbar zu machen war. Der für den Parteiakt, so wie er vorgenommen, entscheidende Klagerleichterungszweck mußte in derselben Weise zur Durchführung gebracht werden, wie wenn er allein stand. Da die verschiedenen Parteizwecke sich in den genannten Fällen klar und deutlich scheiden lassen und jeder für sich durch ein besonderes Geschäft erreicht werden kann, wird man ganz von selbst zu der Vorstellung gedrängt, daß hier eben die modifizierte Grundobligation durch

198) Solche werden namentlich von Kindel, aber auch von Neubecker und Wieland vorgebracht.

die daneben gestellte abstrakte Obligation in ihrer Durchführung gefördert werde.

Nicht so einfach ist die Situation bei der Feststellung im engeren Sinn, bei der Abrechnungsanerkennung und der Klagbarmachung einer unvollkommenen Verbindlichkeit.

Was zunächst die Feststellungen i. e. S. einschließlich der vergleichsmäßigen Feststellungen anlangt, so wäre hier die Zulassung eines Außerstreitsetzungsvertrags, welcher die Parteien verhindert hätte, die Existenz der Forderung in dem festgestellten Betrag zu bestreiten, möglich gewesen.

Diesen Vertrag dürfte man sich nicht ausschließlich auf das prozessuale Nichtbestreiten gerichtet denken. Denn daß die Parteien nicht bloß für den Fall des Prozesses Vorsorge treffen, vielmehr ihr gesamtes künftiges Verhalten zu einander regeln wollen, steht außer Zweifel. Vielmehr hätte ein materiellrechtlicher, wenn auch zugleich prozeßwirksamer, deklarativer Feststellungsvertrag anerkannt werden müssen, der keine selbständige Klagbegründung abgegeben, sondern nur den gegen die Existenz der Grundobligation erhobenen Widerspruch innerhalb der Grenzen der Feststellung abgeschnitten haben würde.

Aber freilich, gegen einen solchen Nichtbestreitungsvertrag mußten ähnliche Bedenken obwalten wie gegen die Beweisverträge oder Klagsubstanziierungsverträge im Fall der bloßen Klagerleichterungsabsicht der Parteien. Und wenn man sich schon bei den letzteren entschloß, die Konstruktion der Obligationsbegründung zur Anwendung zu bringen, so lag es weitaus am nächsten, bei der Feststellungsabsicht ebenso zu verfahren. Waren ja doch die Beweisverträge und Nichtbestreitungsverträge gar nicht immer scharf von einander geschieden worden[199]. Außerdem mochte die vom Gesetz tatsächlich zu

199) So vor allem bei Planck, Lehrb. des Civilprozesses Bd. I S. 340 ff., der die Beweisverträge dahin zu fassen sucht, daß man sich bei ihnen zum Nichtbestreiten verpflichte für den Fall, daß es nicht gelingen sollte, den Richter von der Unrichtigkeit der Angriffsbehauptung zu überzeugen.

Grund gelegte Konstruktion der Obligationsbegründung noch dadurch begünstigt sein, daß man annahm, daß die auf diesem Weg erreichte Erleichterung der Klagbegründung (bloße Bezugnahme auf den Feststellungsakt statt auf die ursprüngliche Obligationsbegründung zusammen mit der späteren Feststellung) sei von erheblichem Vorteil. Ob man nicht durch den Feststellungsvertrag gewisse Schwierigkeiten bezüglich der Klagänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft hätte umgehen können, wurde nicht zur Erwägung gezogen.

Nachdem man sich entschlossen hatte, von der Konstruktion der Obligationsbegründung auszugehen, hätte man allerdings immer noch nicht nötig gehabt, den Vertrag unter die Kategorie des abstrakten Versprechens oder Anerkenntnisses zu subsumieren. Man hätte, selbst wo man Formvorschriften aufzustellen beabsichtigte, — was besonderer Erwägung anheim zu geben gewesen wäre —, den Feststellungsvertrag als kausales Hilfsgeschäft und die zum Zweck der Feststellung neugeschaffene Obligation als materiell individualisierte auffassen können, so daß nur bei irgendwelcher Verdeckung oder Verschleierung der Hilfsgeschäftscausa die Kategorie der abstrakten Obligierung zur Anwendung zu bringen gewesen wäre. Und ebenso wie beim Feststellungsvertrag konnte bei der Abrechnung und bei der Klagbarmachung unvollkommener Verbindlichkeiten verfahren werden.

Die dogmengeschichtliche Entwicklung führte, nachdem man sich einmal gewöhnt hatte, unter der Rubrik des Anerkennungsvertrags die heterogensten Dinge, u. a. auch jene Feststellungsanerkennungen, zusammenzubegreifen, zu einem andern Resultat. Man subsumierte die sämtlichen Fälle, die bisher unter die Kategorie des Anerkenntnisses gebracht worden waren, nunmehr unter den Begriff der s e l b s t ä n d i g e n Obligierung und unterschied zwischen selbständigem Schuldversprechen und Anerkenntnis nur noch nach der Form des Obligierungsakts. So gelangte man dazu, auch die

Feststellungsanerkennungen, indem man sie aus dem Zusammenhang des Feststellungsgeschäfts herauslöste, als selbständige Obligierungen aufzufassen. Man betonte dabei lediglich die Unabhängigkeit der neuen Obligation von der anfänglichen Grundobligation, auf welche bei der feststellenden Abmachung Bezug genommen wird und stellte nicht die Frage nach dem Zusammenhang mit der gesamten hilfsgeschäftlichen Abmachung, innerhalb deren die Obligierung erfolgt [200]. Diese Auffassung, die sich für die Feststellungsgeschäfte und Saldoanerkenntnisse aus § 782 strikte nachweisen läßt, muß auch für die Anerkennungen zugrund gelegt werden, durch welche unvollkommene Verbindlichkeiten klagbar gemacht werden sollen. Hier lag sie um so näher, als man auf diese Bestätigungsgeschäfte auch die privatschriftliche Form der §§ 780 und 781 zur Anwendung bringen wollte, von der man bei Vergleich und Abrechnung Abstand nahm.

Die geschilderte Betrachtungsweise und überhaupt die Zusammenfassung aller jener heterogenen Fälle unter den Begriff der abstrakten Obligation hat zweifellos auf die gesamte konstruktive Ausgestaltung des Rechtsinstituts der abstrakten Schuldverträge weitgehenden Einfluß ausgeübt, indem sie eine reinliche Scheidung zwischen dem Klagerleichterungszweck und den sonstigen bei jenen „selbständigen Obligierungen" noch zugrund liegenden Zwecken verhinderte und dazu führte, die Einzelbestimmungen so zu geben, daß sie ganz verschiedenen Zwecken adaptiert werden konnten. An einer sachgemäßen Behandlung der verschiedenen Fälle wird indessen die angewandte konstruktive Auffassung nicht zu hindern vermögen. In letzter Linie wird sich die Tatsache, daß bei jenen Feststellungsverträgen und beim Delegationsversprechen die Loslösung von der ursprünglich vor-

200) S. auch oben § 1 gegen Ende.

handenen oder vorausgesetzten Grundobligation in ganz anderem Sinne erfolgt, als bei den Klagerleichterungsverträgen, immer Geltung verschaffen müssen.

§ 5. Die Obligationsbegründung als selbständige Vermögensleistung.

Die erste und nächste Folge der Zusammenfassung so verschiedenartiger Zwecke unter den gemeinsamen Gesichtspunkt der abstrakten oder selbständigen Obligierung mußte sein, daß man nicht schlechthin den Gegenbeweis, es sei eine Grundobligation des betreffenden Inhalts ursprünglich nicht vorhanden gewesen, gegen den eine solche abstrakte Obligation verkörpernden Schuldschein zulassen konnte. Dem Schuldschein kann man es ja nicht ansehen, ob nicht bei seiner Ausstellung die Absicht, ein materiell abstraktes Forderungsrecht zu begründen oder irgendwelche Feststellungs- oder Modifikationsabsicht zugrund gelegen hat. Erst wenn man den bloßen Klagerleichterungszweck in Bezug auf eine bestimmte Grundobligation als feststehend annimmt, kann man den einfachen Nachweis gestatten, daß die zu deckende Obligation nicht oder nicht in dieser Weise bestanden habe. Bei Vorliegen eines Feststellungszwecks i. e. S. oder eines Zahlungsaustauschzwecks muß dagegen zur Entkräftung der abstrakten Obligation irgendwie eine sonstige Unwirksamkeit des Obligierungsakts dargetan werden.

Allen diesen verschiedenen Situationen hätte man trotz der Zusammenfassung unter die Rubrik „abstrakte Schuldverträge" auch dadurch gerecht werden können, daß man die Wirkungen in den einzelnen Fällen verschieden gestaltet und die Verteidigung des Schuldners von dem Vorliegen des einen oder andern Hilfsgeschäfts abhängig gemacht hätte. So hätte man bei feststehendem Klagerleichterungszweck zur bloßen Beweislastverschiebung kommen können, indem man, wie schon im vorigen Paragraphen als möglich vorausgesetzt

wurde, ohne Zuhilfenahme des Konditionenrechts den Mangel der als vorher vorhanden vorausgesetzten oder gleichzeitig zu kreierenden Grundobligation als rechtsausschließenden Tatbestand aufgefaßt hätte [201]). Ein Eingehen auf die möglichen Gestaltungen in den übrigen Fällen kann unterbleiben. Denn die vorangegangene dogmengeschichtliche Entwicklung seit Bähr drängte auf einen andern Gedankengang hin. Man glaubte in dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung ein Generalmittel zu besitzen, mit Hilfe dessen man allen jenen verschiedenen Situationen Rechnung tragen konnte. Indem man dem Schuldner nur eine Anfechtung der abstrakten Obligation nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung gestattete, zwang man ihn vor allem dazu, die Situation beim Obligierungsakt aufzuklären und die spezifische Hilfsgeschäftsfunktion desselben darzulegen. Je nach dem Hilfsgeschäftszweck muß sich ja auch der Nachweis der ungerechtfertigten Bereicherung des Gläubigers verschieden gestalten. Er ist der Natur der Sache nach ein viel einfacherer beim bloßen Klagerleichterungszweck als in den Fällen des Zahlungsaustauschs oder der Feststellung.

So erklärt sich die Stellungnahme des BGB., infolge deren die Obligierungen des § 780 ff. als selbständige Vermögensleistungen aufgefaßt und ebenso wie die sachenrechtlichen Zuwendungen dem Recht der condictio sine causa unterstellt wurden.

Der Beweis, daß dies geschehen ist, läßt sich aus der

---

201) Dadurch wäre man praktisch zu ganz ähnlichen Resultaten, wie durch die Aufstellung einer Präsumption zu Gunsten des Vorhandenseins einer Grundobligation oder durch die Zulassung von Beweisverträgen gelangt. Ein stichhaltiger Grund gegen die Normierung wäre darin nicht zu erblicken gewesen. Die in erster Linie prozessual gerichtete Parteiabsicht bei den Klagerleichterungsverträgen wird sich trotz der vorgenommenen Transplantation auf das Gebiet des Civilrechts doch niemals ganz verläugnen lassen. Sie wird, wie wir sehen werden, auch bei Heranziehung des Bereicherungsrechts sich Geltung verschaffen. „Naturam expellas furca, tamen usque recurret“.

Gesetzgebungsgeschichte und aus dem Inhalt des Gesetzes selbst führen.

Der § 684 des ersten Entwurfs hatte noch unmittelbar auf die Grundsätze der condictio sine causa abgestellt. Diese Verweisung wurde beseitigt in der Absicht, die entsprechende Bestimmung bei der Normierung des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung zu geben. Bei dieser Beratung wurden alsdann verschiedene den Anerkenntnisvertrag betreffende Anträge gestellt, die zugleich auch eine Beweisregulierung enthalten sollten [202]). Die Anträge wurden zwar samt und sonders abgelehnt, aber ausdrücklich konstatiert, daß die Kommission bez. der Uebertragbarkeit der Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung einig sei [203]). Auf Grund davon sollte es der Redaktionskommission überlassen werden, durch einen allgemein gehaltenen Zusatz jene Uebertragbarkeit zum Ausdruck zu bringen.

Dieser Zusatz ist in § 812 Abs. 2 erfolgt, freilich unter ausschließlicher Hervorhebung der Anerkenntnisse. Nach dem ganzen geschichtlichen Zusammenhang darf jedoch hier kein argumentum a contrario bezüglich der Schuldversprechen des § 780 gezogen werden. Man nahm wohl an, es verstehe sich bei den Schuldversprechen von selbst, daß sie selbständige Leistungen darstellen. In der Literatur herrscht hierüber Einigkeit.

Durch den § 812 ist somit eine Parallelisierung der abstrakten Obligation mit den sachenrechtlichen Erfüllungsleistungen in Beziehung auf die Grundsätze der condictio sine causa herbeigeführt. Nicht anzunehmen ist, daß damit eine völlige Gleichstellung ausgesprochen werden sollte. Ob nicht schon bei der Anwendung der §§ 813, 814, 815 auf die abstrakten Obligierungen sich Besonderheiten ergeben, wird noch zu untersuchen sein. Insbesondere darf man aber

202) S. Protokolle Bd. II S. 696 ff.
203) S. Protokolle II S. 708.

nicht ohne weiteres in beliebigen andern Paragraphen des Gesetzbuchs das Wort Leistung auf die abstrakten Obligierungen mitbeziehen. Die natürliche Verschiedenheit der beiden Arten von Hilfsgeschäften: unmittelbare Erfüllungsgeschäfte auf der einen, Geschäfte zur Sicherung oder Erleichterung der Durchführung einer Obligation auf der andern Seite, wird immer Berücksichtigung finden müssen [204].

Prüfen wir nunmehr den Sinn und die Tragweite der vom Gesetz zugrund gelegten Konstruktion.

Mit Sicherheit ist aus derselben abzuleiten, daß wo eine causa solvendi im strengen Sinn des Worts vorliegt, d. h. wo ein selbständiges Schuldversprechen abgegeben ist in der irrtümlichen Meinung, man sei speziell hiezu verpflichtet, die gewöhnlichen Grundsätze der condictio indebiti zur Anwendung kommen. Der Schuldner muß Wiederaufhebung der abstrakten Obligierung und Rückgabe des Schuldscheins verlangen können. Hat die selbständige Verpflichtung unter Aufhebung des kausalen Forderungsrechts stattgefunden, so wird das Begehren dahin zu stellen sein, daß die Aufhebung der abstrakten Obligation unter Wiederherstellung der Grundobligation, sofern eine solche vorhanden war, stattfinde. Denn nur in der Verschaffung der schärferen Obligation an Stelle der ursprünglich vorhanden gewesenen besteht hier die ungerechtfertigte Bereicherung. Nur in einer Beziehung wird eine Modifikation der gewöhnlichen Grundsätze Platz greifen müssen. Während im allgemeinen der Kondizent

204) So ist es z. B. durchaus unzulässig, etwa die §§ 656 u. 762 dahin zu verstehen, daß das auf Grund eines Spiels oder eines Ehemäklerlohnversprechens abstrakt Versprochene geleistet werden müsse, weil ja die abstrakte Obligierung Leistung sei und das Geleistete nicht zurückgefordert werden könne. Diese Interpretation wäre auch dann unzulässig, wenn ihr nicht ausdrücklich durch die zweiten Absätze der zitierten Paragraphen entgegengetreten wäre. (Merkwürdigerweise lehrt Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 29 trotzdem die Wirksamkeit des Schuldanerkenntnisses.)

gemäß § 814 nur das indebitum zu beweisen hat, der Beweis, daß kein Irrtum stattgefunden habe, dem Konditionsbeklagten zufällt, wird man hier auch den Irrtumsbeweis dem Kläger aufzuerlegen haben. Dies ergibt sich daraus, daß nur in seltenen Fällen die Abgabe eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses durch den Irrtum einer speziell darauf abzielenden Verpflichtung verursacht wird [205].

Auf Grund der also gewährten Kondiktion ergibt sich auch nach § 821 die entsprechende Bereicherungseinrede. Man darf dem Gläubiger auch entgegenhalten, daß er zur Darlegung seines Forderungsrechts sich nicht auf den irrtümlich abgeschlossenen Schuldvertrag stützen dürfe. Und zwar wird diese Bereicherungseinrede als echte Einrede zu behandeln sein. Es liegt in der Hand des Schuldners, ob er seinen Bereicherungsanspruch geltend machen will. Erscheint er nicht und es erhellt etwa aus dem Klagvortrag, daß eine solche irrtümliche Obligierung stattgefunden, so wird er kontumaziert. Nach den Grundsätzen des Cessionsrechts wird die Einrede auch dem Cessionar entgegengehalten werden dürfen [206].

Die geschilderten Konditionsfälle werden freilich sehr seltene sein. Ihre praktische Bedeutung ist nahezu gleich Null. Die entscheidende Frage ist vielmehr, in welchem Sinn das Konditionenrecht zur Verwendung kommt, wenn der Schuldner behauptet, daß der spezifische Geschäftszweck nicht erfüllt worden sei oder nicht habe erfüllt werden können, insbesondere wenn er nachweisen will, daß die anerkannte Verbindlichkeit nicht bestanden habe. Daß an diesen Fall in erster Linie gedacht wurde, zeigen schon die Gesetzgebungsmaterialien.

---

205) Ob man diese Beweisverteilung auf Beweislastregeln gründet oder auf die Beweiswürdigung (Leonhard) zurückführt, ist von untergeordneter Bedeutung.

206) S. o. § 3.

Hier folgt, wie schon bemerkt, aus der Anwendung des Bereicherungsrechts, daß der Schuldner grundsätzlich den speziellen Geschäftszweck darzulegen hat. Ob ihm dabei, etwa auf Grund der die Regel des Lebens berücksichtigenden richterlichen Beweiswürdigung, irgendwelche praesumptiones facti zu Hilfe kommen, steht noch dahin und wird besonders zu untersuchen sein. Ebenso bleibt dahingestellt, inwieweit unter Umständen die Fassung des Schuldscheins den vom Schuldner zu erbringenden Nachweis erleichtert. Hat derselbe das bloße Vorhandensein eines Klagerleichterungszwecks nachgewiesen, so ergibt sich die ungerechtfertigte Bereicherung aus dem Fehlen oder der Mangelhaftigkeit der vorausgesetzten Grundobligation, deren Aufdeckung ebenfalls grundsätzlich Sache des Schuldners ist, mag er sich nun in der Angriffsstellung des Kondiktionsklägers oder in der Verteidigungsposition befinden. Steht Zahlungsaustauschzweck fest, so folgt aus den Regeln des Bereicherungsrechts, daß mit der Behauptung fehlender Dekkung oder fehlender Valuta die Position des Gläubigers an sich nicht angegriffen werden kann, daß vielmehr das Fehlen beider Kausalverhältnisse oder ein sonstiger Ungültigkeitsgrund[207]) dargetan werden müßte. Die Feststellungsgeschäfte und Schuldabänderungsgeschäfte sodann schließen insoweit die ungerechtfertigte Bereicherung aus, als der Zweck des gültigen[208]) Feststellungs- oder Abänderungsgeschäfts reicht. Hier muß demgemäß die Frage, ob die aus dem Zusammenhang des Feststellungsgeschäfts zunächst herausgelöste selbständige Obligierung eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers enthalte, unmittelbar zur bonae fidei interpretatio des Feststellungsgeschäfts hinüberführen. Auf diesem Weg ist einmal der Umfang der Feststellung zu ermitteln,

207) S. v. Tuhr in Ihs. Jahrb. Bd. 48 S. 50 ff.

208) Ungiltigkeit des Einredeverzichts z. B. kann die Bereicherungsanfechtung begründen.

weiter aber auch zu eruieren, welche Tatsachen die Parteien bei ihrem Vergleich oder ihrer sonstigen Feststellung als sicherstehend angenommen und deshalb zur Voraussetzung ihres Vertrags im Sinn der Bestimmung des § 779 Abs. 1 erhoben haben. Handelt es sich dabei um Beweise in tatsächlicher Richtung, so treffen dieselben nach dem Ausgangspunkt der Anfechtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung an sich wiederum den Schuldner. Auch hier können jedoch auf Grund der Würdigung der Umstände Verschiebungen stattfinden.

Nicht ausgeschlossen durch die im bisherigen geschilderte Konstruktion ist, daß das Gesetz gewisse Mängel des Kausalverhältnisses noch in anderer Weise als durch das Mittel der Bereicherungsanfechtung auf den Bestand der abstrakten Obligierung einwirken läßt. So ist es insbesondere wohl denkbar, daß gewisse Reprobationen des Grundverhältnisses direkt auch den abstrakten Obligierungsakt treffen und ihn nichtig machen. Das Gesetz hat dies in unzweifelhafter Weise in einigen Fällen angeordnet, so bei zugrund liegendem Spiel oder Ehemäklerlohn und bei nicht die gerichtliche oder notarielle Form einhaltenden Schenkungsversprechen (§ 762, 656, 518 Abs. 2). In andern Fällen, vor allem bei unsittlichem oder gegen ein Verbotsgesetz verstoßendem Kausalverhältnis ist bestritten, ob und inwieweit von einer Nichtigkeit des abstrakten Versprechens auszugehen ist.

Unter keinen Umständen darf behauptet werden, daß eine solche Normierung, welche der rechtlichen Reprobation des Kausalverhältnisses unmittelbare Einwirkung auf die Gültigkeit der abstrakten Obligierung gestattet, „den großen Linien des Rechts und den allgemeinen Grundbegriffen nicht entspreche", daß damit eine „willkürliche Singularität" eingeführt werde [209]). Die Bestimmung ist mit der andern,

---

209) S. v. Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen S. 17. Eine Singularität würde allerdings dann vorliegen, wenn

daß Unerreichbarkeit des Hilfsgeschäftszwecks kondiktionsbegründend wirke, sehr wohl verträglich. Sonderbar berührt auch die Meinung [210]), daß eine inelegantia juris vorliege, wenn man einen Tatbestand, der regelmäßig nur durch Behauptung des Beklagten zur Kenntnis des Richters gelange, rechtsvernichtend und nicht bloß einredebegründend wirken lasse. Als ob es nicht zahlreiche Fälle gäbe, in denen die Rechtsordnung derartige rechtsausschließende Tatbestände statuiert, die lediglich zur „Einwendung im Sinn des BGB." führen.

Eine andere Frage ist, ob die Normierung im praktischen Ergebnis erheblich andere Konsequenzen im Gefolge hat als die Kondizierbarkeit.

Obwohl diese Frage noch nicht in ihrem ganzen Umfang hier geprüft werden kann, führt sie uns doch zu einem wesentlichen Punkt, der seine Berücksichtigung schon innerhalb der grundlegenden Erörterungen finden muß. Es fragt sich nämlich, ob aus der vom Gesetz zugrund gelegten Konstruktion der selbständigen nur nach Bereicherungsrecht anfechtbaren Vermögensleistung die Folgerung gezogen werden muß, daß eine Abweisung der Klage aus dem abstrakten Vertrag nur stattzufinden hat, wenn der Beklagte die „Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung" geltend macht. Wollte man das annehmen, so müßte man zum Versäumnisurteil bei Ausbleiben des Beklagten auch dann gelangen,

---

Spielkausa das Versprechen nichtig machen, sonstige verbotene oder unsittliche Causa nur zur Bereicherungs-Klage und -Einrede führen würde. Ob das zutrifft, wird im speziellen Teil noch zu erörtern sein.

210) v. Tuhr a. a. O. S. 16. Ein lapsus calami dürfte es auch sein, wenn v. Tuhr als Gegensatz zur Anführung des Beklagten das Bekanntwerden „aus den Akten" angibt. In erster Linie ist doch wohl an das Bekanntwerden durch den Klagevortrag zu denken. Die Fälle, in denen das Offizialprinzip in der Weise eingreift, daß der Richter nicht durch die Parteien vorgebrachte Tatsachen zu berücksichtigen hat, sind nach dem Prozeß der CPO. jedenfalls selten. (Derselbe Fehler findet sich übrigens auch bei Klingmüller a. a. O. S. 137.)

wenn aus dem Klagevortrag sich die Hinfälligkeit des Hilfsgeschäftszwecks, z. B. wegen Fehlens der Grundobligation, zu deren erleichterter Durchführung das Schuldversprechen dienen sollte, ergibt. Damit wäre allerdings eine sehr wesentliche Differenz gegenüber den Fällen der Nichtigkeit des abstrakten Versprechens gegeben, bei denen ja zweifellos, sobald Kläger die Nichtigkeit aufdeckt, Klagabweisung erfolgen muß.

Der in der Theorie herrschenden Ansicht dürfte es entsprechen, die geschilderte Konsequenz zu ziehen und gerichtliche Geltendmachung der Bereicherungseinrede durch den Schuldner zu verlangen. Wenigstens wird, soweit wir sehen können, von denen, die auf dem Boden der herrschenden Einredetheorie stehen, diese Folgerung nicht ausgeschlossen[211]). Eher würde man vielleicht geneigt sein, mit andern Mitteln, etwa mit der Annahme, daß das Begehren des Klägers wider Treu und Glauben gehe oder gegen die guten Sitten verstoße (Einwand aus § 826!), zu helfen[212]). Ein tüch-

211) So sprechen die meisten Lehrbücher und Kommentare von der Bereicherungseinrede, ohne irgendwelche Besonderheit dieser Einrede zu vermerken. In derselben Weise äußert sich v. Tuhr in der zitierten Abhandlung und Collatz a. a. O. Langheineken in seiner Darstellung der Geltendmachung der Einreden (Anspruch und Einrede § 21) geht offenbar, da er den Fall nicht besonders hervorhebt, ebenfalls davon aus, daß die gewöhnlichen Grundsätze des Einrederechts zur Anwendung kommen.

Zu andern Ergebnissen gelangen natürlich alle, die den Einredebegriff der herrschenden Meinung grundsätzlich ablehnen, einen Gegensatz zwischen Hemmung durch peremptorische Einrede und Nichtexistenz des Anspruchs überhaupt nicht anerkennen.

212) Derartige Gedankengänge finden sich namentlich bei Staub, Kommentar zu § 350 HGB. S. 1081. Auch sonst wird hervorgehoben, daß die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung nicht die einzige Verteidigungsmöglichkeit des Schuldners bilde. So z. B. bei Cosack § 162 IV. 3., bei Klingmüller a. a. O. § 19 S. 133, 139 ff., der die Abhängigkeit des abstrakten Vertrags vom Kausalverhältnis durch die Parteiverabredung bestimmt sein lassen will. Aehnlich auch Planck-André zu § 780 Z. 2 Abs. 2.

tiger Praktiker vor allem wird sich in einem solchen Fall nicht so leicht zu einer Kontumazierung zu entschließen vermögen.

Zu diesem Resultat darf man m. Es. auch nicht gelangen. Unter allen Umständen steht soviel fest, daß bei den Erwägungen, die zu der Konstruktion des Gesetzes geführt haben, diese Seite der Sache überhaupt keine Berücksichtigung fand, daß man jedenfalls nicht absichtlich auf eine Erklärung des Schuldners, er wolle nicht zahlen, da er materiell nichts schuldig sei und Gläubiger durch die Zahlung ungerechtfertigt bereichert würde, abstellen wollte. Das Bedürfnis, dem man entgegenkommen wollte, ging vielmehr nur dahin, den abstrakten Vertrag so lange wirksam sein zu lassen, als nicht der anspruchsausschließende Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung des Gläubigers von seiten des Richters festgestellt werden kann. Es muß ein ähnliches Verhältnis obwalten, wie etwa nach § 831, 832, 836 bezüglich der Exkulpation des Anstellenden, Aufsichtspflichtigen oder Grundstücksbesitzers, oder bezüglich des schlechten Glaubens im Fall des § 932.

Der gewünschte Erfolg läßt sich nun einmal dadurch erreichen, daß man für den Fall ungerechtfertigter Bereicherung des Gläubigers Ungiltigkeit, wenn auch nicht gerade Nichtigkeit, des abstrakten Geschäfts anordnet. Auf eine solche Ungiltigkeit würde es hinauslaufen, wenn ohne Statuierung eines Leistungsverweigerungsrechts im strengen Sinn des Worts die Bereicherung als rechtsausschließender oder rechtshemmender Tatbestand aufgefaßt wäre [213]). Dasselbe ist aber

---

213) Nimmt man speziell eine Rechtshemmung oder Einrede im Windscheidschen Sinne an, so würde sich die rechtliche Situation im praktischen Ergebnis von einer relativen, möglicherweise heilbaren Unwirksamkeit schwerlich unterscheiden. Der Gegensatz würde hier in der Tat nur in der Konstruktionsform liegen. Mit Hilfe der Einredekonstruktion lassen sich wohl gewisse weitere Sätze, vor allem etwaige Konvaleszenzwirkungen leichter zum Ausdruck bringen. Gegenüber einer

auch erreichbar, wenn man zwar ein Leistungsverweigerungsrecht statuiert, aber, wie Kipp dies vorschlägt[214]), bei Ausbleiben oder Nichtverhandeln des Beklagten die Geltendmachung des Rechts als selbstverständlich voraussetzt, demgemäß nur bei offensichtlichem Verzicht auf dasselbe zur Verurteilung schreitet.

Mit dem Wortlaut des BGB. dürfte die eine wie die andere Normierung noch vereinbar sein. Obwohl der § 821 ausdrücklich von einem Recht die Leistung zu verweigern spricht, könnte man annehmen, daß derselbe den Ausdruck nicht in streng technischem Sinn gebraucht. Schließlich kann man die Leistung auch verweigern, wenn man nichts schuldig ist. Dabei wäre insbesondere zu beachten, daß der § 821 ja auch Fälle umfaßt, in denen in der Tat nur ein Leistungsverweigerungsrecht im technischen Sinn besteht, die Fälle nämlich, in denen der abstrakte Obligierungsakt auf Grund des Irrtums, man sei speziell hierzu verpflichtet, erfolgte. Der Paragraph könnte von der in allen Fällen vorhandenen Möglichkeit, die Leistung zu verweigern, ausgehen, um einen einheitlichen Ausdruck zu gebrauchen, und dabei die Frage, ob nicht unter Umständen mehr als ein bloßes Leistungsverweigerungsrecht im strengen Sinn vorliegt, offen lassen.

Ebenso nahe liegt es aber vielleicht, der Kippschen Meinung zu folgen und innerhalb der Leistungsverweigerungsrechte noch solche zu unterscheiden, die vom Beklagten ausdrücklich geltend gemacht werden müssen und solche, bei denen die Geltendmachung als selbstverständlich erscheint. Wenn man dabei auch als Regel die ausdrückliche Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts festzuhalten hätte, so würde doch in unserem Fall hiervon Abstand zu nehmen sein[215]).

---

absoluten Nichtigkeit allerdings würde jener Zustand der Rechtshemmung auch praktische Verschiedenheiten aufweisen.

214) Kipp zu Windscheid Bd. I S. 182.

215) Auch an andern Stellen steht man vor dem Dilemma, ent-

In jedem Fall sollte man es vermeiden, durch Buchstabeninterpretation zu einem Resultat zu gelangen, bei welchem dem Gesetzgeber ein zweifelloser legislativ-politischer Fehler imputiert würde. Ein solcher würde in dem Postulat, der Schuldner müsse sich ausdrücklich auf die ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers berufen, enthalten sein, wenn man auch zugeben mag, daß die praktische Tragweite desselben keine allzu große wäre, da es selten genug vorkommen wird, daß der klagende Gläubiger den Causamangel aufdeckt und da wohl auch in den krassesten Fällen ein Einwand aus § 826 Abhilfe bieten würde.

Eine letzte Betrachtung erfordert die schon im vorigen Paragraphen berührte Frage, welche Konsequenzen aus der vom BGB. zugrunde gelegten Konstruktion hinsichtlich der Behandlung der Klagänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft bei Uebergang von der Klage aus dem abstrakten Schuldversprechen oder Anerkenntnis zur Klage aus dem ursprünglichen Kausalverhältnis und umgekehrt zu ziehen sind. Hier scheinen auf den ersten Blick die Mißstände nicht vermieden werden zu können, die Wieland[216]) hervorgehoben hat, und die diesen Schriftsteller mit zur Ablehnung der ganzen Denkform der „Formalobligation" veranlaßt haben.

---

weder die Terminologie des BGB. hinsichtlich des Leistungsverweigerungsrechts für eine ungenaue zu erklären, oder Leistungsverweigerungsrechte, deren Geltendmachung sich von selbst versteht, anzunehmen. Man vergleiche z. B. die Ausdrucksweise des § 986 mit der des § 1004 und beachte dazu noch den letzten Absatz des § 1007. An allen diesen Stellen hat kein vollständiges Durchdenken der in Betracht kommenden Fragen seitens der Redaktoren stattgefunden. Daher wird die Praxis, will sie nicht zu ungesunden Resultaten gelangen, eine gewisse Freiheit der Interpretation walten lassen und eine vernünftige Interessenabwägung zugrund legen müssen. Den Ausgangspunkt wird dabei allerdings die Annahme zu bilden haben, daß, wo das Gesetz von einem Recht, die Leistung zu verweigern spricht, im Zweifel an eine ausdrückliche Geltendmachung des Rechts seitens des Beklagten gedacht ist.

216) Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen S. 75 ff.

Wieland geht zunächst aus von der Frage der Rechtskraft und meint, da das auf Begründung der abstrakten Obligation gerichtete Versprechen selbständiger Entstehungsgrund derselben sei, so könne das Urteil nur in Beschränkung auf diesen Entstehungsgrund zur Rechtskraft erwachsen. Der Anstellung einer auf das Kausalverhältnis gestützten Klage würde also nichts im Wege stehen, auch wenn die Klage aus dem abstrakten Versprechen auf Grund von Einwendungen aus dem Kausalverhältnis abgewiesen worden sei. Andernfalls würde die Formalobligation in Widerspruch mit sich selbst geraten. Dieses Resultat erscheint aber Wieland ganz unannehmbar. Eine Theorie, welche zu solchen Ergebnissen führe, so ruft er aus, richte sich selbst.

Der geschilderten Behandlung der Rechtskraft würde diejenige der Rechtshängigkeit im wesentlichen zu folgen haben, und was die Frage der Klagänderung anlangt, so müßte beim Versuch, von der Klage aus dem Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis zur Klage aus dem Kausalverhältnis überzugehen, Klagänderung angenommen werden, und zwar sowohl vom Standpunkt der Individualisierungstheorie als von dem der üblichen Substanziierungstheorie aus. Lediglich die, übrigens nur in erster Instanz funktionierende, Krücke des richterlichen Ermessens, kraft dessen nach § 264 CPO. bei Nichterschwerung der Verteidigung des Beklagten die Klagänderung zugelassen werden kann [217]), würde hier einige Abhilfe gewähren.

Es ist unbedingt zuzugeben, daß alles das erhebliche Mißstände wären, die die praktische Brauchbarkeit des vom BGB. normierten Rechts wesentlich beeinträchtigen würden. Es wird ferner kaum zu bestreiten sein, daß die geschilderte Behandlungsweise den herrschenden Anschauungen über Klagänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft entspricht, wie

217) Bekanntlich eine Errungenschaft der Civilprozeßnovelle.

ja denn auch Wieland in der Lage ist, mehrfache Zitate für diese Auffassung beizubringen [218]).

In Wahrheit bestehen nun aber jene Schwierigkeiten nicht und kann man in allen den genannten Richtungen zu praktisch brauchbaren Resultaten kommen, sobald man sich entschließt, den herkömmlichen formalistischen Standpunkt in der Klagänderungs- und Rechtskraftslehre aufzugeben, den Verfasser schon anderweit zu bekämpfen gesucht hat [219]).

Verschiedene Fälle sind bei der Klagänderung zu unterscheiden. Gehen wir hier zunächst einmal vom Klagerleichterungszweck aus, so wird konstatiert werden können, daß in den meisten Fällen, in denen zuerst das ursprüngliche Schuldverhältnis, später der abstrakte Schuldvertrag zur Sprache gebracht wird oder umgekehrt, gar kein Uebergehen des Klägers von einer Obligation (einem Anspruch) zur andern stattfindet. Vielfach wird er, wenn er aus dem abstrakten Vertrag geklagt hat, seinerseits nur auf die causa eingehen, um die Bereicherungsexzeption des Beklagten zu widerlegen, beziehungsweise wird er nähere Angaben machen über die Umstände, unter denen das abstrakte Versprechen, an dem er festhält, abgegeben würde [220]).

Um eine Replik gegen die vorgebrachte Bereicherungsexzeption dürfte es sich auch in den von Wieland S. 150 seiner Abhandlung hervorgehobenen Fällen handeln, in denen

---

218) Von Planck-André § 780 Bem. 3a. wird die Frage, ob es unzulässige Klagänderung sei, wenn der Anspruch statt auf das ursprüngliche Schuldverhältnis auf den Anerkennungsvertrag gegründet werde, als eine zweifelhafte bezeichnet. Die daselbst angezogene Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 10 S. 395) betrifft einen andern Fall. Daselbst wird nur ausgeführt, daß es keine unzulässige Klagänderung sei, wenn ein Darlehensschuldschein nachträglich dahin erläutert werde, daß es sich um eine Schuldumwandlung (A. 1271 des Code, jetzt § 607 Abs. 2 BGB.) gehandelt habe.

219) Im civ. Arch. Bd. 88 S. 87 ff.

220) So z. B. in dem soeben erwähnten vom RG. Civilentsch. Bd. 10 S. 395 entschiedenen Fall.

ein Wechselkläger auf die vom Beklagten aus dem Kausalverhältnis erhobenen Einwendungen eingeht [221]). Wenn Wieland hier die naheliegende Auffassung einer zwischen den kausal verbundenen Wechselparteien zugrund liegenden und durch Bereicherungseinrede zu entkräftenden Formalobligation ablehnen zu müssen glaubt, so hängt dies mit seiner unbegründeten Polemik gegen den ganzen Begriff der formalen Obligation zusammen. Auf Grund vermeintlicher logischer Widersprüche, zu denen die vom Gesetz zugrund gelegte Konstruktion einer als selbständiger Klaggrund dienenden, im Fall nachgewiesener ungerechtfertigter Bereicherung des Gläubigers aber hinfälligen Formalobligation angeblich führen müßte, gelangt er dazu, die ganze Vorstellungsreihe nebst allen ihren vom Gesetz gewollten Konsequenzen zu verwerfen und eigene Wege ohne unmittelbaren Anschluß an das Gesetz zu suchen.

Andererseits kann der Gläubiger, wie schon die Protokolle (II S. 508, 509) hervorheben, wenn er aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis geklagt hat, das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis als Beweismittel verwerten, oder sich auf eine in demselben enthaltene Feststellung oder Modifikation berufen, um etwaige Einwendungen, die jenem entnommen werden könnten, aus dem Feld zu schlagen.

Unzweifelhaft sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen der Gläubiger ausdrücklich erklärt, von seiner ersten Klagbegründung abgehen und von der abstrakten Obligation auf das ursprüngliche Schuldverhältnis überspringen zu wollen. Man setze z. B. den Fall, Kläger erkennt zu spät, daß der abstrakte Schuldvertrag wegen Nichteinhaltung der vorge-

221) Z. B. „Beklagter leugnet den Empfang der Valuta aus Darlehen oder Kauf, Kläger macht geltend, der Wechsel sei aus Gefälligkeit ausgestellt worden, oder Kläger behauptet, daß der eingeklagte Wechsel für eine andere als die vom Beklagten relevierte Kaufschuld unterzeichnet worden, daß er eine spätere Kaufschuld mitumfasse". (Wieland a. a. O.)

schriebenen Form nichtig ist und deshalb schlechterdings nicht als Basis für die Klage dienen kann.

Auch hier wird noch, und darin befinde ich mich in Uebereinstimmung mit Wieland, die Möglichkeit vorhanden sein, die Klagänderung abzulehnen, wenn man auch ein Interesse des Beklagten an einer rechtskräftigen Aburteilung der auf das abstrakte Versprechen basierten Klage anerkennt und ihm zu diesem Zweck die Befugnis einräumt, der Klagzurücknahme zu widersprechen. Man kann dann immer noch sagen, es war ein Stück eines Gesamttatbestands geltend gemacht, das aber wegen seiner materiellen Unselbständigkeit von selbst auf das Grundgeschäft zurückverwies. Eine erweiterte Heranziehung des Grundgeschäftstatbestands darf daher nicht als Aenderung des Klagegrunds aufgefaßt werden, sofern das Deliberationsinteresse des Beklagten nicht verletzt wird, was wohl in der Mehrzahl der Fälle ausgeschlossen erscheint. Man ist nicht genötigt anzunehmen, daß die selbständige Obligation auch einen neuen Klaggrund im Sinn des § 268 der CPO. abgebe. Ist es ja doch nur eine petitio principii zu meinen, daß die Individualisierung der Klagegründe im Sinn des § 264 CPO. notwendig Hand in Hand gehen müsse mit der Annahme verschiedener rechtsbegründender Tatbestände im Sinn des Civilrechts oder anderer Bestimmungen der CPO.[222]).

Man wird geneigt sein, dagegen einzuwenden, daß ja nach dem oben Ausgeführten die selbständige Obligationsbegründung gerade zu dem Zweck vom Gesetz statuiert worden sei, damit man die Möglichkeit selbständiger Klagsubstanziierung habe und bei cautio indiscreta nicht den Ein-

---

222) S. meine zitierte Abhandlung im civ. Arch. Bd. 88 S. 87 ff. Zustimmung hat diese ganze Art und Weise der Betrachtung gefunden bei Wieland a. a. O. S. 153 ff. Richard Schmidt (Ergänzung des Lehrbuchs S. 115) hat der Auffassung auf Grund des Rechts der Novelle einige wesentliche Konzessionen gemacht.

wand des unbestimmten Klaggrunds zu befürchten brauche. Da dürfe man doch nicht in demselben Atem sagen, zum Klaggrund gehöre dennoch auch das Kausalverhältnis, auf das bei dem abstrakten Versprechen Bezug genommen werde.

So plausibel dieser Einwand erscheint, wirkliche Beweiskraft wird ihm doch nicht zuerkannt werden dürfen. Wenn man auch bei Abfassung der §§ 780 und 781 die Klagsubstanziierung im Auge hatte, so sollte doch eine Normierung in Bezug auf die Fragen der Klagänderung, Rechtskraft u. s. w. nicht getroffen werden. Auch gehen die beiden Fragen, was reicht aus zur Klagbegründung und welcher Tatbestandskomplex gilt als durch eine beschränkte Anführung in der Weise berührt, daß er noch in weiterem Umfang herangezogen werden kann, durchaus nicht Hand in Hand. Nur die Mehrdeutigkeit der Worte „selbständiger Klaggrund" wird leicht zur Verdeckung dieses Verhältnisses führen und daher zu dem vorstehenden Einwand Anlaß geben können. Es ist durchaus möglich und auf der einen Seite dem Zweck der Klagerleichterungsverträge auf der andern Seite der ratio des Klagänderungsrechts entsprechend, anzunehmen, das abstrakte Versprechen reiche zwar zur Klagbegründung aus, hänge aber mit dem zugrunde liegenden Kausalverhältnis doch in der Weise zusammen, daß beide nicht als notwendig verschiedene Klaggründe im Sinn des § 268 einander gegenübergestellt werden dürfen.

Denselben Ausgangspunkt wird man in den Fällen der Feststellung und Schuldabänderung im Auge zu behalten haben. Auch hier dürfte die Frage der unzulässigen Klagänderung vom Deliberationsinteresse des Beklagten abhängen. Nur wird diese Erwägung regelmäßig zu anderen Ergebnissen führen, als in den Fällen des bloßen Klagerleichterungszwecks. Nimmt z. B. ein Kläger von der Basierung seiner Klage auf den Vergleich Abstand, weil er einsieht, daß das Vergleichsgeschäft aus irgend einem Grund ungültig war,

und sucht nunmehr nachzuweisen, daß die vergleichsmäßig festgestellte Forderung in dem geltend gemachten Umfang von Haus aus bestand, so wird hiedurch das Deliberationsinteresse des Beklagten in erheblicher Weise tangiert werden. Das kausale Hilfsgeschäft, in dessen Zusammenhang die als selbständiger Obligierungsakt aufzufassende Feststellung steht, löst die neugeschaffene Obligation in anderer Weise vom ursprünglichen Tatbestand los, als dies bei den Obligierungen zum Zweck erleichterter Durchführung der Grundobligation der Fall ist. Deshalb wird bei dem angeführten Tatbestand immer eine echte, höchstens auf Grund des § 264 CPO. zuzulassende, Klagänderung anzunehmen sein.

Anders wenn z. B. ein Kläger aus einem mündlichen Vertrag, in dem er ein Darlehen erhalten zu haben anerkannte, geklagt hat, indem er annahm, daß er Kaufmann sei und deshalb jener Vertrag nach § 350 HGB. ein selbständiges Klagfundament bilde, nun aber, nachdem er einsieht, daß ihm die Kaufmannseigenschaft fehlt, auf den ursprünglichen Schuldgrund und dessen Umwandlung in eine Darlehensobligation zurückgreifen muß [223]). Hier wird man aus den angegebenen Gründen wiederum zur Ablehnung der Klagänderung gelangen können.

Geringere Schwierigkeiten dürfte die Frage der Rechtskraft bereiten. Ist gegenüber einer Klage aus abstraktem Schuldvertrag das Kausalverhältnis einredeweise zur Sprache gebracht und dann über dasselbe verhandelt worden, so wird über die aus dem gesamten Tatbestand entstandenen Ansprüche entschieden. Kläger hat mit seiner Klagbegründung ja schon auf den Gesamttatbestand hingewiesen, der alsdann im Lauf der weiteren Verhandlung in extenso dargelegt

223) Ueber die Verschiedenheit der Wirkungen in den Fällen, in denen bei solchen Schuldumwandlungen ein selbständiges Schuldversprechen abgegeben wird, und den andern Fällen, in denen dies nicht zutrifft, s. o. in § 2 bei N. 77.

wird. Deshalb steht nach erfolgter Abweisung des Klägers einer nachträglichen, lediglich auf die Grundobligation basierten Klage zweifellos die Rechtskraft des früheren Urteils entgegen [224]).

Ist freilich im Erstprozeß lediglich über den abstrakten Schuldvertrag verhandelt, mithin nicht der Gesamttatbestand, sondern nur ein Stück desselben dargelegt worden, und ist eine Abweisung der Klage lediglich aus Gründen, die die Gültigkeit des abstrakten Vertrags betreffen, z. B. wegen Formmangels, erfolgt, so ist gegenüber einer auf das ursprüngliche Schuldverhältnis rekurrierenden Klage keine Rechtskraft geschaffen. Der Umfang der Rechtskraft hängt richtiger Ansicht nach ausschließlich von dem Umfang des zur Verhandlung gestellten Tatsachenmaterials ab [225]). Daß in den Fällen, in denen das Zurückgreifen auf die Grundobligation im ersten Prozeß eine unzulässige Klagänderung dargestellt hätte, die Erhebung einer neuen Klage möglich sein muß, mithin die Rechtskraft des früheren Urteils nicht im Weg stehen kann, ist zweifellos und auch allgemein anerkannt [226]).

War endlich eine Klage aus dem ursprünglichen Kausalverhältnis ohne Heranziehung des abstrakten Schuldvertrags erhoben gewesen, und es wird nun nach Abweisung derselben der Versuch gemacht, einen Anspruch lediglich auf das abstrakte Versprechen zu stützen, so ist zu unterscheiden. Erfolgte die Abweisung aus dem Grunde, weil die Grundobligation durch den abstrakten Vertrag (mittelst Novation oder in solutum datio) beseitigt sei, so darf natürlich der neuen Klage kein Hindernis in den Weg gestellt werden. Erfolgte sie wegen ursprünglichen Nichtbestehens der Grundobligation, so kann zwar, wenn der Schuldvertrag eine Fest-

224) Uebereinstimmend in dieser Bez. Wieland a. a. O. S. 157.

225) S. meine Ausführungen im civ. Arch. Bd. 88 S. 106 ff. namentlich S. 111 und 117.

226) S. meine Ausführungen a. a. O. S. 89 und 90.

stellung enthielt, die neue Klage Erfolg haben, nicht aber wenn derselbe Klagerleichterungs- oder in Verbindung damit Schuldabänderungszwecke verfolgte. In den letztgenannten Fällen, in denen das abstrakte Versprechen vom Vorhandensein einer Grundobligation abhängig ist, handelt es sich allerdings nicht direkt um die Einwendung der Rechtskraft gegenüber der angestellten Klage. Wohl aber muß jetzt gegen dieselbe die „Einrede" der ungerechtfertigten Bereicherung durchschlagen, da das Fehlen des stützenden Kausalverhältnisses rechtskräftig festgestellt ist.

Dieser Schutz reicht vollkommen aus, sobald die Identität des dem nunmehrigen Anspruch zugrund liegenden Kausalverhältnisses mit dem früher eingeklagten dargelegt werden kann.

Dies führt uns zu einer letzten Schwierigkeit, die auch bei der Frage der Rechtshängigkeit und noch an einer andern Stelle auftaucht.

Die Rechtshängigkeit geht an und für sich Hand in Hand mit der Rechtskraft. Dies gibt zu keinem Bedenken Anlaß, sobald aufgedeckt ist, auf welches Kausalverhältnis sich der abstrakte Schuldvertrag bezieht, und das Kausalverhältnis mit zum Gegenstand der Verhandlung gemacht ist. Wie aber, so lange dies nicht der Fall? Man nehme z. B. an, es ist zunächst Klage aus einer cautio indiscreta erhoben, daneben wird auf dieselbe Summe aus einem Kausalverhältnis geklagt, ohne daß erhellt, daß dieses Kausalverhältnis die jenem abstrakten Versprechen unterliegende Grundobligation darstellt. Oder man setze den umgekehrten Fall, daß nach Rechtshängigkeit einer eingeklagten Kaufpreisforderung noch eine zweite auf dieselbe Summe lautende Klage aus einem abstrakt gefaßten Anerkenntnis angestellt wird.

Zweifellos ist ja, daß der Beklagte, sobald er die Möglichkeit hat, gegen die Klage aus dem abstrakten Vertrag

das Kausalverhältnis auszuspielen (woraus, wie wir sahen, Rechtskraftwirkungen von einem Prozeß zum andern entstehen würden), auch die Befugnis haben muß, sich durch die Einrede der Rechtshängigkeit gegen das doppelte Verklagtwerden zu schützen. Im Fall des Vorausgehens der Kausalklage, in dem keine direkte Rechtskraftwirkungen entstehen, wird es allerdings zum Schutz seiner Interessen genügen müssen und auch tatsächlich genügen, wenn man ihm das Recht einräumt, zunächst eine Aussetzung des Verfahrens über den abstrakten Anspruch gemäß § 148 CPO. zu beantragen.

Wenn nun auch in dem letztgenannten Fall angenommen werden darf, daß das Gericht schon auf den begründeten Verdacht der Präjudizialität hin die Möglichkeit der Aussetzung hat, so wird doch die Rechtshängigkeitseinrede zur Voraussetzung haben, daß die Identität der auf beiden Seiten in Betracht kommenden Grundobligationen feststeht. Die Hauptschwierigkeit wird hier in der Konstatierung jener Identität liegen.

Dieselbe Frage taucht endlich auf, wenn der mit der einen Klage siegreich gebliebene Kläger nunmehr die andere anstellt und der Beklagte sich vor doppelter Zahlung schützen oder das mangelnde Rechtsschutzinteresse des Klägers an der Erhebung der zweiten Klage geltend machen will [227]).

Die praktische Hauptfrage ist in allen den genannten Fällen, wen die Beweislast bezüglich der Identität trifft, bezw. ob bei Ausbleiben oder Nichtverhandeln des Beklagten das Gericht von Amtswegen auf eine Untersuchung derselben einzutreten, also eventuell Erklärungen oder gar Beweise bez. der Nichtidentität vom Kläger zu verlangen hat.

Es wird in allen diesen Fällen an sich den Beklagten

227) Um diesen Einwand und nicht um eine sog. negative Funktion der exceptio rei judicatae handelt es sich in den genannten Fällen nach neuerer Lehre.

Behauptungs- und Beweislast treffen müssen. Nimmt man, was Verf. für richtig hält, echte Einredenatur der sogen. Rechtshängigkeitseinrede an, so ergibt sich für sie die Entscheidung von selbst. Allein auch im Fall der zweiten Klage eines siegreich gebliebenen Klägers wird die Beweislast dem Beklagten ebenso obliegen, wie wenn nach erfolgter Zahlung auf den einen Schuldgrund hin noch einmal aus dem andern gegen ihn geklagt wird. Sieht man auch in dem Vorhandensein des Rechtsschutzinteresses eine von Amtswegen zu berücksichtigende Klagvoraussetzung [228]), so kann doch dem Gericht nicht zugemutet werden, die Interessen des Beklagten in der Weise zu wahren, daß es den ausnahmsweisen Wegfall des Rechtsschutzinteresses des Klägers, soweit derselbe nicht klar aus dessen Vorbringen erhellt oder notorisch ist, ohne diesbezügliche Behauptung zum Gegenstand seiner Prüfung macht [229]).

228) Die neuere Lehre, daß sämtliche sog. Klagvoraussetzungen „von Amtswegen zu berücksichtigen" seien (s. namentlich Hellwig, Lehrbuch S. 165), braucht deshalb noch nicht akzeptiert zu werden. Dieselbe beruht, so wie sie bisher begründet wird, lediglich auf einer unzulässigen Deduktion aus dem selbstgeschaffenen Begriff des Rechtsschutzanspruchs als eines gegen den Staat gerichteten Rechts. In Wahrheit dürfte bei den einzelnen Klagvoraussetzungen zu prüfen sein, ob sie auf ein öffentliches Interesse oder nur auf das Interesse des Gegners zurückzuführen sind, bezw. ob, wenn beides der Fall, das eine Interesse vor dem andern zurückzutreten hat.

229) Unter der Rubrik „Prüfung oder Berücksichtigung von Amtswegen" wird vielfach, nicht zum Vorteil der Lehre, sehr Verschiedenes zusammengefaßt. Zu unterscheiden ist 1) die Frage, ob eine Rüge der in ihrem Interesse verletzten Partei abgewartet werden muß, bis man einen bestimmten Punkt berücksichtigt, oder ob derselbe auch beachtet werden darf, wenn er in anderer Weise, z. B. durch Vortrag des Klägers, zur Kenntnis des Gerichts gelangt. (Der Gegensatz zur Berücksichtigung von Amtswegen ist hier lediglich die Einrede im technischen Sinn.) 2) Die Frage, ob gegenüber bestimmten Mängeln einer Klagbegründung die Parteidisposition heilend einzugreifen vermag (z. B. die Anerkennung des Beklagten gegenüber mangelnder Substantiierung des Rechtsschutzinteresses durch den Kläger). 3) Die Frage, ob das Gericht von sich aus nach dem Vorhandensein von Mängeln in Bezug auf Prozeß- oder

Kommt nun aber der Beklagte durch diese Normierung der Beweislast nicht unter Umständen in eine sehr üble Situation? Ist er, wenn der Schuldschein indiskret gefaßt ist, nicht allzuleicht der Gefahr doppelter Zahlung ausgesetzt? Diese Frage ist schon auf den Juristentagen behandelt und namentlich in dem Zimmermannschen Gutachten zum 9. Juristentag [230]) beleuchtet worden. Derselbe hebt insbesondere die Gefahren hervor, die sich bei Cession abstrakt gefaßter Schuldscheine an Cessionare ergeben, die sich um die materielle causa des Schuldscheins nicht kümmern. Hier könne es sehr wohl sein, daß der Cedent oder sein Universalsuccessor aus dem ursprünglichen Rechtsgeschäft, der Cessionar aus dem abstrakten Schuldschein klage. Später ist dieser Gesichtspunkt namentlich von Kindel [231]) zur Polemik gegen die Einführung des Rechts der abstrakten Schuldverträge ausgebeutet worden.

Wenn nun auch keineswegs bestritten werden darf, daß es Fälle gibt, in denen Beweisnotlagen für den Schuldner aus einer cautio indiscreta entstehen, so kommen diese Notlagen doch am wenigsten bei der Frage der Prozeßwiederholung in Betracht. Von Haus aus hat man nämlich hier das Eingreifen der freien richterlichen Beweiswürdigung und der innerhalb dieser zur Anwendung zu bringenden Erfahrungsregeln mit in Rechnung zu ziehen. Die richterliche

---

Klagvoraussetzungen zu forschen hat. Obwohl man den Wegfall des Rechtsschutzinteresses wegen Erlangung eines siegreichen Urteils durch den Kläger in gleicher Weise wie die Rechtskraft im Sinn von Z. 1 und 2 von Amtswegen zu berücksichtigen haben wird, so darf doch wohl keine Untersuchungspflicht im Sinn von Z. 3 angenommen werden. Und selbst wenn man zugeben wollte, daß das Gericht, wie etwa bei der Prozeßvoraussetzung der Prozeßfähigkeit, von sich aus Erhebungen anzustellen in der Lage wäre, so dürfte diese Prüfung doch nicht auf die Identität zweier mit verschiedener Klagbegründung geltend gemachter Ansprüche sich erstrecken.

230) Verhandl. des 9. Juristentags Bd. I S. 484 ff.

231) Kindel a. a. O. §§ 22. 23.

Beweiswürdigung wird weder dem ursprünglichen Gläubiger noch dem Cessionar zu gestatten brauchen, daß er sich gegenüber der Behauptung eines bestimmten Kausalverhältnisses durch den Schuldner auf das bloße Leugnen verlegt. Vielmehr darf der Richter in einem solchen Fall gemäß § 286 CPO. aus dem gesamten Inhalt der Verhandlungen das Ergebnis entnehmen, daß die vom Schuldner behauptete Kausalbeziehung die richtige sei. Auch dem Cessionar wird (im Gegensatz zum Delegatar und Nehmer eines Wechsels) die Pflicht auferlegt werden können, sich nach der der abstrakten Forderung zugrund liegenden causa zu erkundigen, so daß er nötigenfalls Aufschluß darüber zu geben in der Lage ist. Ja es wird sich sogar fragen, ob man nicht auch dem Erben sagen kann, du hast darunter zu leiden, wenn dein Erblasser nicht dafür gesorgt hat, daß die Beziehung eines indiskreten Schuldscheins auf ein bestimmtes Kausalverhältnis dargelegt werden kann; man nimmt deshalb die Ausführungen des Schuldners als richtig an, wenn du deinerseits keinerlei Angaben über die Beziehung des Schuldscheins zu machen vermagst. Vor allen Dingen wird der Richter mit der Erfahrungsregel rechnen dürfen, daß, wenn gleichzeitig zwei Schulden desselben Betrags vorhanden oder vorausgesetzt gewesen sein sollten, der Schuldner sich nicht zur Ausstellung einer cautio indiscreta herbeigelassen haben würde. Daraus ergibt sich eine innerhalb der richterlichen Beweiswürdigung wirksame Vermutung zu Gunsten der Identität. Ist freilich eine solche Vermutung nach Lage der Umstände nicht mehr begründet, so trifft den Schuldner allerdings der Identitätsbeweis.

Bei solcher Ausgestaltung wird man nicht behaupten können, daß die Regelung der abstrakten Verträge durch das BGB. in Beziehung auf Klagänderung, Rechtskraft und Rechtshängigkeit zu praktisch unbrauchbaren Resultaten führe.

Zweiter Teil.

Die Ausgestaltung des geltenden Rechts im einzelnen.

1. Die Formvorschriften.

§ 6. Die generelle Formvorschrift der §§ 780 und 781 und ihre Bedeutung.

Für die im bisherigen abgegrenzten und näher bestimmten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse ist in den §§ 780 und 781 regelmäßig die privatschriftliche Erteilung des Versprechens oder Anerkenntnisses vorgeschrieben. Es fragt sich nunmehr, welche Bedeutung dieser Formvorschrift zukommt. — Die Ausgestaltung der Schriftform selbst verursacht keine Schwierigkeiten. Es ergibt sich klar aus den vom Gesetz gebrauchten Worten, daß die Gläubigererklärung ihrerseits nicht formalisiert ist, also auch aus konkludenten Handlungen, z. B., wie sehr häufig geschieht, aus dem Behalten der vom Schuldner zugesandten Urkunden entnommen werden kann. Ebenso einleuchtend ist, daß die Ausfolgung der Schuldurkunde an den Gläubiger nicht Perfektionsmoment des Schuldvertrags sein kann. Das Zustandekommen eines solchen kann trotz Verbleibens der Urkunde im Besitz des Schuldners bewiesen werden. — Des weiteren sind die Bestimmungen des § 126 maßgebend.

Hinsichtlich der dort auftauchenden Streitfragen, Zeichnung durch einen Stellvertreter, Genügen eines Telegramms, wenn das dem Telegraphenamt übergebene Schriftstück eigenhändig unterschrieben ist u. a., gilt für die abstrakten Schuldverträge nichts Besonderes [232]).

Die Wahrung der geschilderten Schriftform ist ihrerseits Voraussetzung für das Zustandekommen einer selbständigen Obligation in dem bisher beschriebenen Sinn. Nur wenn die Form gewahrt, kann ein Klaganspruch auf das Versprechen oder Anerkenntnis als solches gegründet werden. Nicht ausgeschlossen ist, daß der nicht formgerechte Versprechens- oder Anerkenntnisakt als außergerichtliches Geständnis oder als Einredeverzicht oder Schuldabänderungsvertrag wirke. In allen diesen Fällen muß der Anspruch auf den ursprünglichen Obligationsentstehungsgrund gestützt werden. Dabei handelt es sich in der Regel nicht um eine Konversion im Sinn des § 140 BGB. Diese ist bei der Wirksamkeit als außergerichtliches Geständnis von vornherein ausgeschlossen. Bei Festhaltung der schuldabändernden Funktion des Vertrags dürfte die Annahme einer Konversion wenigstens entbehrlich sein. Man wird vielmehr mit der Vorstellung auskommen, daß von verschiedenen den Parteien vorschwebenden Zwecken der eine erreicht wird, der andere nicht. — Anders z. B. wenn ein reines Delegationsversprechen bezweckt war, das wegen Formmangels nicht zustande kommen konnte. Hier wird die Konversionsfrage gestellt, wenn man untersucht, ob die Abmachung sich nicht als Forderungsüberweisungsvertrag aufrecht erhalten lasse.

Ist eine Urkunde in der Form des § 780 oder 781 ausgestellt, so ist noch keineswegs erwiesen, daß eine selbständige Obligationsbegründung vorliegt. Das Gesetz hat

232) Zu vergl. über die Literatur Planck zu § 126 u. neuestens Rechtsprechung Bd. 10 S. 22. Nichts Wesentliches zu diesen Fragen bringt Klingmüller a. a. O. S. 77—79 bei.

auch keine Präsumptionen irgend welcher Art aufgestellt. Da der einfache Beweisschuldschein sich in denselben Formen bewegen kann, so ist an sich das Vorhandensein eines Obligationsbegründungsakts vom Gläubiger zu beweisen. Dieser Beweis ist durch Aufdeckung der im § 3 oben geschilderten Parteizwecke zu führen. Wie diese selbst ihrerseits wieder erschlossen werden können, darauf wird später in § 9 noch zurückzukommen sein.

Um die Bedeutung der Formvorschrift völlig klarzustellen, ist noch ein Eingehen auf die legislativen Gründe, die zu ihrer Aufstellung geführt haben, erforderlich.

Den Ausgangspunkt für diese Betrachtung hat die Erkenntnis zu bilden, daß für die Rechtsordnung an sich die Möglichkeit verschiedenartigster Normierung gegeben ist. Unklar sind alle Ausführungen, welche die Anknüpfung der abstrakten Obligierungswirkung an den formlos erklärten Parteiwillen als etwas logisch Unmögliches darzustellen suchen. Sobald die Rechtsordnung ihrerseits bestimmte Abstraktionswirkungen in Aussicht stellt, kann sie, wie schon zu Beginn des § 3 oben ausgeführt, auch sagen, ich lasse diese Wirkungen eintreten, wenn ein speziell dahingehender Vertragswille der Parteien irgendwie erkennbar hervortritt [233]). Eine solche Anordnung würde nur, wie wir ebenfalls gesehen haben, der Praktikabilität ermangeln. Geschweige denn, daß die logische Möglichkeit fehlte, an die im § 3 im einzelnen dargelegten Parteiabsichten, auch wenn sie formlos erklärt sind, die Obligierungswirkung der §§ 780 und 781 anzuknüpfen. So könnte insbesondere der irgendwie erkennbar gewordene Klagerleichterungszweck unter der Voraussetzung, daß er auf diesem Weg am bequemsten zu erreichen ist, zum entscheidenden Tatbestandsmoment für die selbständige

---

233) Auch in diesem Fall wäre ein objektives Kriterium, wie es Klingmüller a. a. O. S. 61 verlangt, vorhanden.

Obligationsbegründung erhoben werden.

Die Formfrage ist also eine Frage gesetzgebungspolitischer Erwägung und als solche ist sie wiederholt, sowohl bei den Juristentagen als im Schoße der Gesetzgebungskommissionen verhandelt worden [234]). Zweierlei Streitpunkte tauchen auf, einmal ob überhaupt generell eine Form zugrund gelegt werden soll und ferner, ob die privatschriftliche Form genüge.

Zu gunsten der Form sprechen in allen in Frage stehenden Fällen die zwei bei den meisten Formvorschriften in Betracht kommenden und auch in den Gesetzgebungsmaterialien hervorgehobenen Momente:

1) Erleichterung der richterlichen Aufgabe dadurch, daß zahlreiche schwierige Untersuchungen über Inhalt und Richtung des Parteiwillens durch die Notwendigkeit schriftlicher Fixierung abgeschnitten werden. Damit wird zugleich ein Verkehrsinteresse gewahrt. Denn jede Erleichterung der Richteraufgabe wirkt als solche auf die Steigerung der Verkehrssicherheit zurück.

2) Hervorhebung des Moments der rechtlichen Bindung und dadurch Schutz der Parteien gegen Uebereilung [235]).

Ein dritter von manchen Seiten noch angeführter Zweck, der Schutz geschäftsunkundiger Personen gegen Uebervorteilung dürfte, wie Klingmüller [236]) mit Recht bemerkt, durch die bloß privatschriftliche Form nicht erreicht werden.

Die vorstehende Betrachtung der ratio legis würde schon ergeben, daß wenn bei einem Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis die gerichtliche oder notarielle Form gewählt wurde, dem Formerfordernis ebenfalls Genüge ge-

---

234) Motive Bd. II S. 688 ff., Prot. Bd. II S. 504 ff. Verh. d. 9. Juristentags Bd. III S. 82, 87, 99, 103.

235) Der Schutz gegen Haftbarwerden aus bloßen Vorverhandlungen führt auf den unter Z. 1 erwähnten Gesichtspunkt zurück.

236) A. a. O. S. 73.

schehen ist. Es greift hier jedoch außerdem eine positive Bestimmung des Gesetzes, nämlich der § 126 Abs. 3, ein.

Gegen eine allgemeine Steigerung der Form, sei es durch Aufstellung bestimmter fester Wortformeln, sei es durch das Postulat gerichtlicher oder notarieller Beurkundung, welch letztere übrigens heute wohl kaum mehr vertreten wird [237]), läßt sich vor allem geltend machen die allzu große Erschwerung des Verkehrs, die durch ein solches Formerfordernis herbeigeführt würde, bezw. die Gefahr, daß dadurch ähnliche Uebelstände ins Leben gerufen würden, wie durch die Fünfzigtalervorschrift des preußischen Landrechts. Der Verkehr würde sich die willkürlich erschwerte Form nicht ohne weiteres oktroyieren lassen. Es würde nach wie vor die, wie die Erfahrung gezeigt hat, dem Publikum unmittelbar sich aufdrängende gewöhnliche Schriftform zur Anwendung gebracht werden, und die Folge wäre: vereinzelte Schädigung redlicher Parteien zu gunsten unredlicher Gegner, die sich kein Gewissen daraus machen, den Formmangel auszuspielen.

Mit diesen Erwägungen ist jedoch die Frage noch keineswegs erschöpft. Zu untersuchen bleibt vor allem, ob nicht die verschiedenen Fälle der abstrakten Verträge verschieden behandelt werden sollten, ob nicht zwischen Klagerleichterungszweck, Feststellungszweck und Delegationszweck zu unterscheiden wäre. Leidet ja doch die ganze bisherige gesetzgebungspolitische Behandlung unserer Materie unter der Vermengung der so verschiedenartigen Geschäftszwecke.

Am einleuchtendsten erscheint die Festhaltung an der vom Gesetzbuch zugrund gelegten einfachen Schriftform bei den Klagerleichterungsverträgen. Hier werden ja die Parteien schon durch den von ihnen verfolgten prozessualen

---

237) Ein Ansatz dazu findet sich bei Hartmann im civ. Archiv Bd. 77 S. 242, der die englischen contracts under seal als vorbildlich hinzustellen sucht.

Zweck darauf hingewiesen, für die Sicherung des nach der Verabredung noch obliegenden Beweises Sorge zu tragen. Dies geschieht zweifellos am besten durch Schaffung einer Urkunde und zwar liegt dieselbe so nahe, daß die Parteien auf den Gedanken, einen solchen Klagerleichterungsvertrag mündlich abzuschließen, kaum jemals kommen werden. Außerdem aber würde ohne die Aufstellung einer Formvorschrift die Diagnose der betreffenden Parteiabsicht durch den Richter eine ganz besonders schwierige sein. Denn wie sollte man namentlich die mündlichen Anerkenntnisse von den zahlreichen gelegentlichen Geständnissen unterscheiden.

Von den gegen die Schriftform vorgebrachten Gründen ist, so lange wir die Klagerleichterungsverträge ins Auge fassen, kein einziger durchschlagend.

Offensichtlich falsch wäre es, wenn man gegen die Formalisierung das angebliche Prinzip der Vertragsfreiheit ins Feld führen wollte. Wohl konnte man für das gemeine Recht daran denken, die Frage aufzuwerfen, ob nicht aus dem gewohnheitsrechtlich entwickelten Prinzip der Klagbarkeit formloser Verträge die Folgerung gezogen werden könne, daß auch der formlose abstrakte Vertrag klagbar sein müsse, oder anders gewendet, ob die gewohnheitsrechtliche Bildung sich auf diese Arten von Verträgen mit erstreckt habe. Etwas ganz anderes aber ist es, ein legislatives Prinzip der Klagbarkeit aller formlosen Verträge aufzustellen. Hier gelangt man entweder zu einem gänzlich in der Luft stehenden naturrechtlichen Axiom von der notwendigen Anerkennung der verbindenden Kraft des formlosen Parteiwillens durch die Rechtsordnung, oder man kommt zu der ebensowenig haltbaren Position, aus Gründen systematisch-ästhetischer Natur die gleiche Behandlung der abstrakten und kausalen obligatorischen Verträge zu verlangen. Zweifellos darf aber de lege ferenda die Formfrage nur auf Grund von Interessenabwägung entschieden werden.

Auf demselben Boden würde es stehen, wenn man die Parallele des formlosen dinglichen Vertrags gegen die Formalisierung der abstrakten Schuldverträge auszuspielen versuchte. Gegen diesen Schluß polemisiert Klingmüller a. a. O. S. 74, ohne indessen jemand namhaft zu machen, der diesen Grund ins Feld geführt hätte.

Leicht zu widerlegen ist sodann auch, obwohl es sich auf der Basis der Interessenabwägung bewegt, das Argument, daß die Schriftform infolge ihrer Farblosigkeit ein zu wenig sicheres Erkennungsmittel für den abstrakten Verpflichtungswillen abgebe[238]). Dagegen schlägt die Erkenntnis durch, daß wo überhaupt die Feststellung gemacht werden muß, eine abstrakte Obligierung entspreche den Intentionen der eine Klagerleichterung bezweckenden Parteien, aus der Fassung des Schuldscheins oder aus den Begleitumständen in der Regel der Beweis sich erbringen läßt.

So bleibt denn nur das bei den Beratungen der zweiten Kommission hervorgetretene Argument übrig[239]), das übrigens auch schon gelegentlich beim 9. Juristentag vom Referenten Hauser angedeutet worden war[240]), daß wenn man bei Vergleich und Abrechnung von der Schriftform Abstand nehme, dieselbe sich auch in den übrigen Fällen nicht halten lasse. Es gehe nicht an, bei einem der Schriftform ermangelnden abstrakten Schuldverhältnis immer zu untersuchen, ob es sich um eine Abrechnung oder um einen Vergleich handle. Die Folge werde sein, daß der redliche Verkehr sich durch eine solche Belästigung gehemmt fühle, der unredliche Verkehr aber befördert werde. Auch dieses Argument dürfte gegenüber der Schriftform der Klagerleichterungsverträge keine Rolle spielen, während ihm allerdings bei der Frage, wie die nichtvergleichsmäßigen Feststellungen

238) S. d. bei Klingmüller a. a. O. S. 76 Nr. 2 Genannten.
239) S. Protokolle II S. 505.
240) Verhandl. des 9. Juristentags Bd. III S. 83.

im engeren Sinn oder die Erhebung unvollkommener Verbindlichkeiten zu klagbaren zu behandeln seien, eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommt. Die formalen Klagerleichterungsverträge heben sich von jenen Abwicklungsgeschäften, die, wenn man sie in ihrem gesamten Zusammenhang betrachtet, kausale Natur haben, deutlich genug ab, um eine verschiedene Behandlung der Formfrage auf beiden Seiten als möglich und gerechtfertigt erscheinen zu lassen.

Wie steht es nun aber mit der Begründung des Formerfordernisses bei den Feststellungsgeschäften und bei der Schöpfung materiell abstrakter, speziell delegationsmäßiger, Obligationen?

Da es sich bei den Verträgen des Nichtbestreitenwollens um eine viel einschneidendere Bindung des anerkennenden Schuldners handelt, als bei den Klagerleichterungsverträgen, so kann hier sehr wohl der Gedanke an eine Erschwerung der äußeren Form, speziell an gerichtliche oder notarielle Beurkundung, auftauchen. Mit gutem Grund ist jedoch davon Abstand genommen worden. Bei allen den verschiedenen Anträgen, die in der zweiten Kommission hinsichtlich des „Anerkennungsvertrags" gestellt wurden, wurde übereinstimmend betont, daß bez. des obligationenrechtlichen „Anerkennungsvertrags" eine solche Erschwerung der Form nicht stattfinden dürfe[241]). Hält man insbesondere für den Vergleich eine erschwerte Form für unangemessen, so kann man die von ihm oft schwer zu unterscheidenden vergleichsähnlichen Feststellungsverträge nicht wohl unter eine solche stellen. Vielmehr liegt es erheblich näher, zu der von einem Kommissionsmitglied hervorgehobenen Konsequenz zu gelangen, die vergleichsähnlichen Feststellungsgeschäfte ebenfalls von jeder Form zu entbinden, um die unerquicklichen

241) S. insbesondere den Antrag 5 auf S. 490 im 2. Bd. der Protokolle.

Streitigkeiten darüber zu vermeiden, ob ein auf Schaffung von Rechtssicherheit gerichtetes Geschäft noch als Vergleich bezeichnet werden dürfe, oder nicht. Bei Klagbegründung auf ein formloses Versprechen müßte natürlich der Inhalt des Feststellungsgeschäfts ebenso wie beim Vergleich gemäß § 782 dargelegt werden.

Zweifelhafter ist, ob man auch bei der Klagbarmachung unvollkommener Obligationen die Formfreiheit befürworten soll. Hier dürfte immerhin der Gesichtspunkt, daß bei bloß mündlicher Verhandlung der Sinn der abgegebenen Erklärung häufig erheblichen Zweifeln unterliegen kann, sowie der weitere Gedanke, daß in manchen der hier einschlagenden Fälle ein Schutz der zuwendenden Partei gegen Uebereilung am Platze ist, zu gunsten des Formerfordernisses sprechen. Die privatschriftliche Form wird jedoch als genügend zu erachten sein.

Handelt es sich um die Erzeugung materiell abstrakter zirkulationsfähiger Forderungen, so steht die Angemessenheit irgend welcher Formvorschrift wohl außer Zweifel [242]). Dafür spricht sowohl das Bedürfnis sicherer Diagnose, als die Notwendigkeit eines Schutzes des nichtkaufmännischen Publikums. Hier läßt sich nur mit Fug die Frage aufwerfen, ob die gewöhnliche privatschriftliche Form genügt und nicht etwa ein bestimmter Wortlaut vom Gesetz vorzuschreiben wäre [243]). Gewichtige Gründe sprechen für die Bejahung dieser Frage. Die Negotiabilität einer Forderung verlangt notwendig eine gewisse publica fides des Schuldscheins, und eine solche kann diesem nur beigelegt werden, wenn der Wortlaut ein völlig unzweideutiger ist. Faßt man zunächst ausschließlich die einem Dritten gegenüber auf An-

242) S. auch oben Text zu N. 93.

243) Von einer weiteren Solennisierung der äußern Form wie bei den englischen contracts under seal wird auch hier füglich Abstand zu nehmen sein.

weisung abgegebenen Versprechen ins Auge, so würde zweifellos die Einführung einer bestimmten Form für das reine Delegationsversprechen die Erkenntnis, ob ein solches oder ein bloßes Forderungsüberweisungsversprechen vorliegt, bedeutend erleichtern. Wir haben zwar oben[244]) festgestellt, daß auch die privatschriftliche Form insofern einen gewissen Anhalt gewährt, als tatsächlich die vollkommen abstrakte Fassung auf reines Delegationsversprechen schließen läßt. Die also konstatierte Möglichkeit einer Diagnose reicht auch aus, um die Anerkennung reiner Delegationsversprechen auf Grund der §§ 780 und 781, also über das Anwendungsgebiet der §§ 783 ff. hinaus, de lege lata zu rechtfertigen. Allein kein Zweifel kann bestehen, daß die feste Formalisierung der Rechtssicherheit zugute käme. Würde man eine fixierte Form für solche materiell abstrakten Versprechen besitzen, so wäre es auch erleichtert, über den Delegationsfall hinauszugehen und zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und Schuldner Verträge zuzulassen, durch welche ein in der Hand dritter Erwerber völlig abstraktes Forderungsrecht geschaffen wird. Es wäre der Weg geebnet für den Hellwig'schen abstrakten Vertrag zu gunsten Dritter und damit für das zivilrechtliche Orderpapier[245]). Inwieweit für solche ein Bedürfnis besteht, ist hier noch nicht zu erörtern[246]).

§ 7. Die Ausnahmen von der regelmäßigen Formvorschrift.

Nach zwei Richtungen hin werden von der bisher besprochenen Formvorschrift Ausnahmen statuiert. Es gibt Fälle, in denen die privatschriftliche Form nicht genügt und Fälle, in denen von jeder Form Abstand genommen wird

244) Bei Note 93.

245) Dem letzteren steht allerdings zur Zeit noch die exklusive Aufzählung der Orderpapiere durch das HGB. entgegen.

246) S. u. § 14.

Wenden wir uns zunächst zu den Erschwerungen der Form.

Sowohl der § 780 als der § 781 enthalten die Klausel, daß, soweit für die Begründung einer Verpflichtung eine andere Form vorgeschrieben sei, das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis dieser Form bedürfe. Wie allgemein anerkannt, bezieht sich dies zunächst einmal auf den Fall, daß für das Versprechen bestimmter Leistungsgegenstände besondere Formen angeordnet sind. Es kommen also in erster Linie die §§ 311, 312 Abs. 2 und 313 in Betracht. Für den Fall, daß nach Absicht der Parteien die fragliche Verpflichtung erst im Moment des Versprechens oder Anerkenntnisses ins Leben gerufen werden soll, daß also die abstrakte Obligierung gleichzeitig mit dem Abschluß des Grundgeschäfts erfolgt, ergibt sich die Notwendigkeit dieser Bestimmung von selbst. Nach dem Wortlaut der beiden Paragraphen greift nun aber das Erfordernis der erschwerten Form auch dann ein, wenn eine formgerechte Verpflichtung vorausgegangen ist. Die Angemessenheit dieser Bestimmung bezw. die Richtigkeit solcher Auslegung ist in Zweifel gezogen worden von Stampe in einem Vortrag vor der Berliner juristischen Gesellschaft vom 10. Dezember 1904 [247]). Stampe meint, daß wenn einmal durch Abschluß eines Grundstückskaufs in der durch § 313 vorgeschriebenen Form dokumentiert sei, daß der Veräußerer Gelegenheit hatte, sich vor Uebereilung zu bewahren, kein Grund entdeckt werden könne, warum das sichernde Hilfsgeschäft nun nochmals mit den Umständen und Kosten eines notariellen Abschlusses beladen werden müsse. Dem kann nicht beigetreten werden. Stampe beachtet schon nicht die Verschiedenheit der dem Hilfsgeschäft der abstrakten Obligierung unterliegenden Zwecke. Handelt es sich um die Außerstreitsetzung einer zweifelhaften Verpflichtung durch Feststellungs-

247) S. Protokoll der 377. Sitzung dieser Gesellschaft S. 11.

geschäft, so entspricht es der Konsequenz des freilich an sich höchst problematischen § 313, dem Veräußerer nochmals den Schutz gegen Uebereilung, ganz ebenso wie bei der ersten Begründung der Obligation, zu gewähren. Soll ferner durch ein delegationsmäßiges Versprechen die Bezugnahme auf das Deckungsverhältnis des Grundstücksverkaufs abgeschnitten werden, so wird dasselbe Bedürfnis hervortreten. Die Ausstellung Stampes könnte also nur die Fälle treffen, in denen das abstrakte Versprechen den Klagerleichterungszweck oder zugleich mit diesem den Zweck irgendwelchen an sich formlos vollziehbaren Rechtsverzichts [248]) verfolgt. Hier dürfte nun aber klarliegen, daß dem Gläubiger mit der privatschriftlichen Anerkennung oder Verpflichtung zur Grundstücksübereignung gar nichts geholfen ist. Denn um diese verwerten zu können, müßte er ja (sei es schlechthin, sei es auf die Einrede des Gegners hin) nachweisen, daß eine gerichtliche oder notarielle Verpflichtung vorausgegangen sei. Es besteht also für die Berücksichtigung solcher privatschriftlicher Verpflichtungen keinerlei Bedürfnis [249]). Das Gesetz kann füglich von ihrer Zulassung Abstand nehmen.

Aus den Klauseln der §§ 780 und 781 müßte allein schon abgeleitet werden, daß wenn der abstrakte Vertrag auf ein Schenkungsversprechen gegründet ist, in gleicher Weise die Förmlichkeiten eines solchen nach § 518 und 2301 zu wahren sind [250]). Dieser Satz wird in den beiden letztgenannten

---

248) Auf die Frage, inwieweit ein solcher formloser Verzicht auf Anfechtungsrechte oder Einreden in Fällen der §§ 311—313 möglich ist, kann hier nicht eingegangen werden.

249) Ihre Funktion als Beweismittel steht auf anderem Boden, ebenso die Frage, ob das Schuldversprechen als Einredeverzicht zu wirken imstande ist.

250) Hätte man es nur mit der Fassung des § 780 zu tun, so könnten vielleicht Zweifel obwalten, ob der Wille des Gesetzes, daß auch das schenkweise erteilte Schuldversprechen an eine erschwerte Form gebunden sein solle, mit voller Deutlichkeit zum Ausdruck komme. Man hätte vielleicht interpretieren können, das selbständige Schuldversprechen sei

Paragraphen nochmals zum Ausdruck gebracht. Die doppelte Anordnung enthält einen Pleonasmus, der aus der Gesetzgebungsgeschichte zu erklären ist. Der eigentliche Streit um die Behandlung der schenkweise (oder auf Grund eines vorausgegangenen Schenkungsversprechens) abgeschlossenen abstrakten Schuldverträge wurde bei Beratung des die Schenkungsform normierenden Paragraphen geführt, der schon im ersten Entwurf einen hierauf bezüglichen Absatz enthalten hatte[251]). Bei dem ursprünglich keinerlei derartigen Zusatz enthaltenden Paragraphen über Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis (§ 683 des 1. Entwurfs) tauchte alsdann auf Grund eines Antrags die Frage auf, ob nicht ausdrücklich hervorzuheben sei, daß die Vorschriften unberührt bleiben, welche wegen Vorliegens einer Schenkung oder wegen der Beschaffenheit der Leistung eine andere Form erfordern[252]). Diese Frage wurde jedoch als eine redaktionelle angesehen und ihr daher keine weitere Beachtung geschenkt. Auf den Gedanken, ob nicht nach Aufnahme einer Klausel in die nunmehrigen §§ 780 und 781 die Bestimmung des § 518 Abs. 1 S. 2 sich erübrige, ist man gar nicht gestoßen.

Die Formerschwerung bezieht sich auch hier sowohl auf den Fall, daß die Parteien in dem Moment des abstrakten Versprechens die Schenkungsobligation erst ins Leben rufen wollen als auf den Fall, daß sie dieselbe als schon entstanden voraussetzen. Wenn je der Wortlaut des § 518 zweifelhaft

kein Vertrag, durch welchen eine Leistung schenkweise versprochen wird, deshalb könne man nicht sagen, der (zunächst noch ohne den Absatz 1 S. 2 zu denkende) § 518 schreibe für das schenkweise erteilte Schuldversprechen eine besondere Form vor. — Allein der § 781 schließt ja jeden Zweifel in dieser Richtung aus und bei dem Zusammenhang zwischen Versprechen und Anerkenntnis hätte er unbedingt zur Interpretation des § 780 mit herangezogen werden müssen.

251) Es war dies der § 440. S. darüber Prot. II S. 12 u. 13.

252) S. Protok. II S. 508 erster Absatz (lit. d).

sein sollte, so müßte derjenige des § 781 entscheiden. Es gilt also dasselbe was wir in Bez. auf die §§ 311 bis 313 kennen gelernt haben.

Nun aber gibt die Vorschrift, welche das schenkweise erteilte Schuldversprechen an die Beobachtung der in § 518 Abs. 1 normierten Form bindet, noch nach einer anderen Richtung zu Zweifeln Anlaß. Allgemein denkt man wohl zunächst an den Fall, daß beide Parteien über den Schenkungscharakter des Versprechens einig sind. Hier kann man ohne weiteres von einem schenkweise erteilten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis im Sinn des § 518 Abs. 1 S. 2 reden. Es leuchtet ein, daß für das Schuldverhältnis, dessen Bestehen anerkannt wird, eine besondere Form vorgeschrieben ist. Wie steht es aber in den Fällen, in denen zwar auf seiten des Versprechenden der animus donandi vorliegt, der Versprechensempfänger aber der Ansicht ist, es handle sich um ein Versprechen zur Feststellung einer zweifelhaften Schuld oder zum Zwecke der Klagerleichterung? Man denke etwa an folgendes Beispiel: A behauptet, er sei dem Erblasser des B 1000 Mk. aus Darlehen schuldig gewesen und stellt ihm, angeblich um die Sache sicher zu stellen, privatschriftlich einen Schuldschein aus. — Hier könnte man zunächst versucht sein, zu sagen, da ein Konsens in Bezug auf die Schenkungskausa nicht stattgefunden hat, liegt kein schenkweise erteiltes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis vor, es ist daher auch die Anwendung der gerichtlichen oder notariellen Form nicht erforderlich. Folglich bleibt es bei der Regel, daß das abstrakte Versprechen privatschriftlich gültig zustande kommt und daß es sich nur noch um die Anwendung des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung handelt. Eine Kondizierbarkeit aus diesem Gesichtspunkt findet jedoch nicht statt nach § 814, da der Versprechende gewußt hat, daß er nichts schuldig ist, und mit dem Wegfall der Kondiktion fällt auch die Einrede des § 821.

Der Versprechende muß erfüllen. — Gegen diese Argumentation hat Neubecker Widerspruch erhoben[253]. Er operiert im Anschluß an gemeinrechtliche Schriftsteller mit der ratio der Schenkungsformvorschrift, mit dem Gedanken, daß der einseitige Schenker desselben Schutzes bedürfe, wie der Vertragsschenker. Von dieser Argumentation aus muß er gemäß § 125 BGB. zur Nichtigkeit des Versprechens gelangen.

Dieser Auffassung Neubeckers wird zuzustimmen sein. Man könnte vielleicht darüber zweifeln, und solche Zweifel sind auch bei den Beratungen der 2. Kommission aufgetaucht[254], ob nicht das abstrakte Versprechen ein für allemal der Erfüllung gleichgestellt werden soll, so daß die in einem solchen zum Ausdruck gelangte Schenkung gleich einer erfüllten zu behandeln wäre. Hat man sich aber einmal auf den Standpunkt gestellt, den Schutz gegen leichtsinnige Schenkungen auch in diesen Fällen eintreten zu lassen, so muß man ihn auch gewähren, wenn nur der Versprechende sich der Schenkung bewußt ist. Das Interesse des Versprechensempfängers ist genügend gedeckt, wenn ihm ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse eingeräumt wird. Dieser Anspruch dürfte sich in unserem Fall aus § 309 ergeben. Würde ja doch auch, wie Neubecker schon angedeutet hat[255], der Versprechensempfänger, der nach Erkenntnis der Schenkungskausa die Vollziehung verlangt, in jene willigen und man gelangte, wollte man das zunächst in einseitiger Schenkungsabsicht erteilte abstrakte Versprechen für verbindlich erklären, zu dem wunderlichen Resultat, daß bei sofortiger Einwilligung, also bei Zustandekommen eines richtigen Schenkungskonsenses, der Formmangel Nichtigkeit des

---

253) Archiv für bürg. Recht Bd. 22 S. 84.

254) S. Prot. II S. 12.

255) Unter Berufung auf Kipp, Parteiwille S. 11, die übrigens nicht einleuchtet.

Versprechens bewirken würde, während bei Einwilligung nach zurückgezogenem Schenkungswillen des seine Verpflichtung bestreitenden Schuldners, die unentgeltliche Zuwendung erzwungen werden könnte. — Keine Rede kann auch davon sein, daß etwa die Grundsätze der Mentalreservation zu einem andern Ergebnis führten. Handelt es sich ja doch nicht darum, das Versprechen wegen des geheimen Vorbehalts, man wolle nicht zahlen sondern schenken, nichtig sein zu lassen. Vielmehr ist das Versprechen wegen Formmangels nichtig und ein Grund, es zur Strafe für die Mentalreservation des Versprechenden dennoch gültig sein zu lassen, nicht vorhanden.

Zu andern Postulaten wird allerdings die Interessenabwägung unter Umständen gelangen, wenn Dritte, z. B. Cessionare, mit ins Spiel kommen. Man nehme etwa an, der Versprechensempfänger cediere unter Vorlegung der Urkunde, in welcher der Aussteller die Rückzahlung eines vom Erblasser empfangenen Darlehens verspricht, die vermeintliche Forderung an einen gutgläubigen Dritten. Entsteht solchenfalls nicht das Bedürfnis, den Cessionar, mindestens wenn er entgeltlich erwirbt, zu schützen? Hier muß nun zweifellos mit dem § 405 oder dessen Analogie operiert werden. Unmittelbar zur Anwendung kann derselbe wohl kommen, wenn im Schuldschein die Rückzahlung eines Darlehens genannt ist. Hier liegt wiederum der schon früher besprochene Fall der Vorspiegelung eines gesunden Geschäfts an Stelle eines kranken vor[256]. Darauf, ob der Gläubiger und Cedent sich an der Vorspiegelung dem Dritten gegenüber beteiligt hat, oder ob er selbst getäuscht worden ist, kann es wohl nicht ankommen. Die Worte „daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt sei“ lassen sich auf solche Fälle einseitiger Vorspiegelung, in denen ausnahms-

256) S. o. Text vor Note 119.

weise doch Richtigkeit des Schuldverhältnisses Platz greift, ohne weiteres mit beziehen. Schwieriger zu entscheiden ist die Frage, wie es bei Ausstellung einer cautio indiscreta im Fall der Cession zu halten ist. Weiß der Versprechende bei Abgabe des Versprechens, daß er trotz des Versprechens nichts schuldet, daß er jederzeit sich auf mangelnde Schenkungsform berufen kann, so kann man immer noch sagen, seine Erklärung sei zum Schein erfolgt. Der § 405 greift ein. Wie aber, wenn er bei Abgabe des Versprechens oder Anerkenntnisses des Glaubens war, nunmehr verpflichtet zu sein? Alsdann wird von einer Scheinerklärung nicht mehr die Rede sein können und wollte man dem früher besprochenen Fall des bei konsentierter Schenkung im beiderseitigen Einverständnis ausgestellten abstrakten Schuldscheins entsprechend entscheiden, so müßte man zur Ablehnung der Haftung aus § 405 gelangen. Immerhin ist jedoch die Situation in dem jetzt zur Erörterung stehenden Fall insofern eine andere, als der Versprechende durch seine Vorspiegelung dem Versprechensempfänger gegenüber diesem Anlaß gibt, seinem Cessionar mitzuteilen, daß es sich um Darlehensrückzahlung handle. Ist dies geschehen, so hat der Schenker indirekt ganz denselben Effekt herbeigeführt, wie wenn er im Schuldschein die Rückzahlung eines Darlehens versprochen hätte. Er hat ebenfalls wissentlich dem Dritten gegenüber den Schein eines gesunden Geschäfts hervorgerufen. Bei dieser Sachlage dürfte es möglich sein, der ratio des § 405 entsprechend den Schenker haften zu lassen[257]). Einen Unterschied zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Cession zu machen, dürfte auf Grund des § 405 nicht angehen, so sehr

257) Eine Konsequenz dieser Entscheidung würde es sein, daß auch im Fall der konsentierten durch abstrakten Schuldschein zum Ausdruck gebrachten Schenkung zu haften wäre, wenn der Beschenkte im Einverständnis mit dem Schenkenden seinem Cessionar ein Darlehen vorspiegelt. Hier würde allerdings, wenigstens in der Mehrzahl der Fälle, auch mit § 826 zu helfen sein.

auch eine billige Abwägung der beiderseitigen Interessen dieses Resultat nahe legte.

Wie schon bemerkt, hat in allen den aufgeführten Fällen die Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen strengeren Form die Nichtigkeit des abstrakten Obligierungsakts gemäß § 125 zur Folge. Gegen diese Regelung im Falle der Schenkung hat v. Tuhr de lege ferenda Widerspruch erhoben[258]). Auch hier sieht er ebenso wie bei der Behandlung von Spiel, Wette und Differenzgeschäft in den Sätzen des BGB. einen überflüssigen und störenden Verstoß gegen die Struktur des abstrakten Schuldversprechens. Nach seiner Meinung hätte nur eine Einrede (entsprechend der römischen exceptio legis Cinciae) erteilt werden dürfen und zwar eine Einrede im strengen Sinn des Worts, so daß bei Nichtgeltendmachung des Einrederechts seitens des Schenkers das abstrakte Versprechen zur Durchführung gebracht würde. Nun wäre es ja allerdings ein möglicher Standpunkt, wenn dem Schenker, der die Form des Schenkungsversprechens verabsäumt hat, generell die Möglichkeit eingeräumt würde, das nicht formgerechte Versprechen durch Nichtvorschützen der exceptio konvaleszieren zu lassen. Man könnte sagen, darin vermag sich gerade die Ernsthaftigkeit und Dauerhaftigkeit seiner Absicht zu bewähren. Allein ebenso verständlich und wohl vorzuziehen ist der Standpunkt, daß man sagt, das ist eine viel zu zweifelhafte Sache, in dieser Weise auf das Nichtvorschützen die Einrede abzustellen. Viel häufiger als infolge einer Bestätigungsabsicht wird der Schenker aus andern Gründen, vor allem aus Rechtsunkenntnis, das Vorbringen der Einrede unterlassen. Jedenfalls aber müßte man, wenn man den Exzeptionsgedanken der lex Cincia zu Grund legen wollte, die unverdeckte und die durch ein abstraktes Versprechen verhüllte Schenkung gleich behandeln.

---

258) Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem BGB. S. 18 u. 19.

Es geht nicht an, ihn nur gegenüber den in die Form der §§ 780 und 781 gekleideten Schenkungsversprechen zur Anwendung zu bringen. Die weiteren Bedenken v. Tuhrs, die aus seiner Auffassung von der Natur oder Struktur der abstrakten Schuldverträge abgeleitet werden, sind schon oben (s. Text zu N. 209) widerlegt. Insbesondere liegt ja die petitio principii, welche verlangt, daß sämtliche Kausamängel, auch die rechtliche Reprobation der Causa, nur einredebegründend wirken sollen, klar zu Tage. Geht man davon aus, daß die turpis vel injusta causa ebenfalls Nichtigkeit des abstrakten Versprechens zu begründen vermag, wie noch des Näheren nachzuweisen sein wird, so geht auch das Argument verloren, daß das BGB. von seiner regelmäßig bei Kausareprobation beobachteten Stellungnahme abweiche. Es wäre vielmehr, nach dem oben in § 5 Ausgeführten eine Abweichung von der sonstigen Regelung gewesen, wenn das Gesetz, wie v. Tuhr es will, bei dem schenkweise erteilten Schuldversprechen ausdrückliche Geltendmachung der Einrede von Seiten des Beklagten verlangt, bei Aufdeckung der Schenkungskausa durch den Kläger der Klage stattgegeben hätte [259]).

Beseitigungen jeglicher Formvorschrift sind enthalten einmal in dem § 350 des HGB. ferner in § 782 des BGB.

Verhältnismäßig einfach erledigt sich die handelsrechtliche Ausnahmebestimmung. Ist ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis ein Handelsgeschäft auf Seiten des Schuldners und ist dieser Vollkaufmann (§ 351 HGB.) so kommt die Formvorschrift nicht zur Anwendung. Für die Frage, wann ein Handelsgeschäft vorliegt, sind die §§ 343 und 344 HGB. maßgebend. — Nun ist mit Recht bezweifelt worden [260]), ob diese

---

259) S. gegen v. Tuhr auch Klingmüller a. a. O. S. 129. 130.

260) S. v. Tuhr a. a. O. S. 4 N. 3. Klingmüller a. a. O. S. 82.

geschäft, so entspricht es der Konsequenz des freilich an sich höchst problematischen § 313, dem Veräußerer nochmals den Schutz gegen Uebereilung, ganz ebenso wie bei der ersten Begründung der Obligation, zu gewähren. Soll ferner durch ein delegationsmäßiges Versprechen die Bezugnahme auf das Deckungsverhältnis des Grundstücksverkaufs abgeschnitten werden, so wird dasselbe Bedürfnis hervortreten. Die Ausstellung Stampes könnte also nur die Fälle treffen, in denen das abstrakte Versprechen den Klagerleichterungszweck oder zugleich mit diesem den Zweck irgendwelchen an sich formlos vollziehbaren Rechtsverzichts[248]) verfolgt. Hier dürfte nun aber klarliegen, daß dem Gläubiger mit der privatschriftlichen Anerkennung oder Verpflichtung zur Grundstücksübereignung gar nichts geholfen ist. Denn um diese verwerten zu können, müßte er ja (sei es schlechthin, sei es auf die Einrede des Gegners hin) nachweisen, daß eine gerichtliche oder notarielle Verpflichtung vorausgegangen sei. Es besteht also für die Berücksichtigung solcher privatschriftlicher Verpflichtungen keinerlei Bedürfnis[249]). Das Gesetz kann füglich von ihrer Zulassung Abstand nehmen.

Aus den Klauseln der §§ 780 und 781 müßte allein schon abgeleitet werden, daß wenn der abstrakte Vertrag auf ein Schenkungsversprechen gegründet ist, in gleicher Weise die Förmlichkeiten eines solchen nach § 518 und 2301 zu wahren sind[250]). Dieser Satz wird in den beiden letztgenannten

---

248) Auf die Frage, inwieweit ein solcher formloser Verzicht auf Anfechtungsrechte oder Einreden in Fällen der §§ 311—313 möglich ist, kann hier nicht eingegangen werden.

249) Ihre Funktion als Beweismittel steht auf anderem Boden, ebenso die Frage, ob das Schuldversprechen als Einredeverzicht zu wirken imstande ist.

250) Hätte man es nur mit der Fassung des § 780 zu tun, so könnten vielleicht Zweifel obwalten, ob der Wille des Gesetzes, daß auch das schenkweise erteilte Schuldversprechen an eine erschwerte Form gebunden sein solle, mit voller Deutlichkeit zum Ausdruck komme. Man hätte vielleicht interpretieren können, das selbständige Schuldversprechen sei

Paragraphen nochmals zum Ausdruck gebracht. Die doppelte Anordnung enthält einen Pleonasmus, der aus der Gesetzgebungsgeschichte zu erklären ist. Der eigentliche Streit um die Behandlung der schenkweise (oder auf Grund eines vorausgegangenen Schenkungsversprechens) abgeschlossenen abstrakten Schuldverträge wurde bei Beratung des die Schenkungsform normierenden Paragraphen geführt, der schon im ersten Entwurf einen hierauf bezüglichen Absatz enthalten hatte[251]). Bei dem ursprünglich keinerlei derartigen Zusatz enthaltenden Paragraphen über Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis (§ 683 des 1. Entwurfs) tauchte alsdann auf Grund eines Antrags die Frage auf, ob nicht ausdrücklich hervorzuheben sei, daß die Vorschriften unberührt bleiben, welche wegen Vorliegens einer Schenkung oder wegen der Beschaffenheit der Leistung eine andere Form erfordern[252]). Diese Frage wurde jedoch als eine redaktionelle angesehen und ihr daher keine weitere Beachtung geschenkt. Auf den Gedanken, ob nicht nach Aufnahme einer Klausel in die nunmehrigen §§ 780 und 781 die Bestimmung des § 518 Abs. 1 S. 2 sich erübrige, ist man gar nicht gestoßen.

Die Formerschwerung bezieht sich auch hier sowohl auf den Fall, daß die Parteien in dem Moment des abstrakten Versprechens die Schenkungsobligation erst ins Leben rufen wollen als auf den Fall, daß sie dieselbe als schon entstanden voraussetzen. Wenn je der Wortlaut des § 518 zweifelhaft

kein Vertrag, durch welchen eine Leistung schenkweise versprochen wird, deshalb könne man nicht sagen, der (zunächst noch ohne den Absatz 1 S. 2 zu denkende) § 518 schreibe für das schenkweise erteilte Schuldversprechen eine besondere Form vor. — Allein der § 781 schließt ja jeden Zweifel in dieser Richtung aus und bei dem Zusammenhang zwischen Versprechen und Anerkenntnis hätte er unbedingt zur Interpretation des § 780 mit herangezogen werden müssen.

251) Es war dies der § 440. S. darüber Prot. II S. 12 u. 13.

252) S. Protok. II S. 508 erster Absatz (lit. d).

sein sollte, so müßte derjenige des § 781 entscheiden. Es gilt also dasselbe was wir in Bez. auf die §§ 311 bis 313 kennen gelernt haben.

Nun aber gibt die Vorschrift, welche das schenkweise erteilte Schuldversprechen an die Beobachtung der in § 518 Abs. 1 normierten Form bindet, noch nach einer anderen Richtung zu Zweifeln Anlaß. Allgemein denkt man wohl zunächst an den Fall, daß beide Parteien über den Schenkungscharakter des Versprechens einig sind. Hier kann man ohne weiteres von einem schenkweise erteilten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis im Sinn des § 518 Abs. 1 S. 2 reden. Es leuchtet ein, daß für das Schuldverhältnis, dessen Bestehen anerkannt wird, eine besondere Form vorgeschrieben ist. Wie steht es aber in den Fällen, in denen zwar auf seiten des Versprechenden der animus donandi vorliegt, der Versprechensempfänger aber der Ansicht ist, es handle sich um ein Versprechen zur Feststellung einer zweifelhaften Schuld oder zum Zwecke der Klagerleichterung? Man denke etwa an folgendes Beispiel: A behauptet, er sei dem Erblasser des B 1000 Mk. aus Darlehen schuldig gewesen und stellt ihm, angeblich um die Sache sicher zu stellen, privatschriftlich einen Schuldschein aus. — Hier könnte man zunächst versucht sein, zu sagen, da ein Konsens in Bezug auf die Schenkungskausa nicht stattgefunden hat, liegt kein schenkweise erteiltes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis vor, es ist daher auch die Anwendung der gerichtlichen oder notariellen Form nicht erforderlich. Folglich bleibt es bei der Regel, daß das abstrakte Versprechen privatschriftlich gültig zustande kommt und daß es sich nur noch um die Anwendung des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung handelt. Eine Kondizierbarkeit aus diesem Gesichtspunkt findet jedoch nicht statt nach § 814, da der Versprechende gewußt hat, daß er nichts schuldig ist, und mit dem Wegfall der Kondiktion fällt auch die Einrede des § 821.

Der Versprechende muß erfüllen. — Gegen diese Argumentation hat Neubecker Widerspruch erhoben[253]). Er operiert im Anschluß an gemeinrechtliche Schriftsteller mit der ratio der Schenkungsformvorschrift, mit dem Gedanken, daß der einseitige Schenker desselben Schutzes bedürfe, wie der Vertragsschenker. Von dieser Argumentation aus muß er gemäß § 125 BGB. zur Nichtigkeit des Versprechens gelangen.

Dieser Auffassung Neubeckers wird zuzustimmen sein. Man könnte vielleicht darüber zweifeln, und solche Zweifel sind auch bei den Beratungen der 2. Kommission aufgetaucht[254]), ob nicht das abstrakte Versprechen ein für allemal der Erfüllung gleichgestellt werden soll, so daß die in einem solchen zum Ausdruck gelangte Schenkung gleich einer erfüllten zu behandeln wäre. Hat man sich aber einmal auf den Standpunkt gestellt, den Schutz gegen leichtsinnige Schenkungen auch in diesen Fällen eintreten zu lassen, so muß man ihn auch gewähren, wenn nur der Versprechende sich der Schenkung bewußt ist. Das Interesse des Versprechensempfängers ist genügend gedeckt, wenn ihm ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse eingeräumt wird. Dieser Anspruch dürfte sich in unserem Fall aus § 309 ergeben. Würde ja doch auch, wie Neubecker schon angedeutet hat[255]), der Versprechensempfänger, der nach Erkenntnis der Schenkungskausa die Vollziehung verlangt, in jene willigen und man gelangte, wollte man das zunächst in einseitiger Schenkungsabsicht erteilte abstrakte Versprechen für verbindlich erklären, zu dem wunderlichen Resultat, daß bei sofortiger Einwilligung, also bei Zustandekommen eines richtigen Schenkungskonsenses, der Formmangel Nichtigkeit des

253) Archiv für bürg. Recht Bd. 22 S. 84.

254) S. Prot. II S. 12.

255) Unter Berufung auf Kipp, Parteiwille S. 11, die übrigens nicht einleuchtet.

sein sollte, so müßte derjenige des § 781 entscheiden. Es gilt also dasselbe was wir in Bez. auf die §§ 311 bis 313 kennen gelernt haben.

Nun aber gibt die Vorschrift, welche das schenkweise erteilte Schuldversprechen an die Beobachtung der in § 518 Abs. 1 normierten Form bindet, noch nach einer anderen Richtung zu Zweifeln Anlaß. Allgemein denkt man wohl zunächst an den Fall, daß beide Parteien über den Schenkungscharakter des Versprechens einig sind. Hier kann man ohne weiteres von einem schenkweise erteilten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis im Sinn des § 518 Abs. 1 S. 2 reden. Es leuchtet ein, daß für das Schuldverhältnis, dessen Bestehen anerkannt wird, eine besondere Form vorgeschrieben ist. Wie steht es aber in den Fällen, in denen zwar auf seiten des Versprechenden der animus donandi vorliegt, der Versprechensempfänger aber der Ansicht ist, es handle sich um ein Versprechen zur Feststellung einer zweifelhaften Schuld oder zum Zwecke der Klagerleichterung? Man denke etwa an folgendes Beispiel: A behauptet, er sei dem Erblasser des B 1000 Mk. aus Darlehen schuldig gewesen und stellt ihm, angeblich um die Sache sicher zu stellen, privatschriftlich einen Schuldschein aus. — Hier könnte man zunächst versucht sein, zu sagen, da ein Konsens in Bezug auf die Schenkungskausa nicht stattgefunden hat, liegt kein schenkweise erteiltes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis vor, es ist daher auch die Anwendung der gerichtlichen oder notariellen Form nicht erforderlich. Folglich bleibt es bei der Regel, daß das abstrakte Versprechen privatschriftlich gültig zustande kommt und daß es sich nur noch um die Anwendung des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung handelt. Eine Kondizierbarkeit aus diesem Gesichtspunkt findet jedoch nicht statt nach § 814, da der Versprechende gewußt hat, daß er nichts schuldig ist, und mit dem Wegfall der Kondiktion fällt auch die Einrede des § 821.

Der Versprechende muß erfüllen. — Gegen diese Argumentation hat Neubecker Widerspruch erhoben[253]). Er operiert im Anschluß an gemeinrechtliche Schriftsteller mit der ratio der Schenkungsformvorschrift, mit dem Gedanken, daß der einseitige Schenker desselben Schutzes bedürfe, wie der Vertragsschenker. Von dieser Argumentation aus muß er gemäß § 125 BGB. zur Nichtigkeit des Versprechens gelangen.

Dieser Auffassung Neubeckers wird zuzustimmen sein. Man könnte vielleicht darüber zweifeln, und solche Zweifel sind auch bei den Beratungen der 2. Kommission aufgetaucht[254]), ob nicht das abstrakte Versprechen ein für allemal der Erfüllung gleichgestellt werden soll, so daß die in einem solchen zum Ausdruck gelangte Schenkung gleich einer erfüllten zu behandeln wäre. Hat man sich aber einmal auf den Standpunkt gestellt, den Schutz gegen leichtsinnige Schenkungen auch in diesen Fällen eintreten zu lassen, so muß man ihn auch gewähren, wenn nur der Versprechende sich der Schenkung bewußt ist. Das Interesse des Versprechensempfängers ist genügend gedeckt, wenn ihm ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse eingeräumt wird. Dieser Anspruch dürfte sich in unserem Fall aus § 309 ergeben. Würde ja doch auch, wie Neubecker schon angedeutet hat[255]), der Versprechensempfänger, der nach Erkenntnis der Schenkungskausa die Vollziehung verlangt, in jene willigen und man gelangte, wollte man das zunächst in einseitiger Schenkungsabsicht erteilte abstrakte Versprechen für verbindlich erklären, zu dem wunderlichen Resultat, daß bei sofortiger Einwilligung, also bei Zustandekommen eines richtigen Schenkungskonsenses, der Formmangel Nichtigkeit des

---

253) Archiv für bürg. Recht Bd. 22 S. 84.

254) S. Prot. II S. 12.

255) Unter Berufung auf Kipp, Parteiwille S. 11, die übrigens nicht einleuchtet.

Versprechens bewirken würde, während bei Einwilligung nach zurückgezogenem Schenkungswillen des seine Verpflichtung bestreitenden Schuldners, die unentgeltliche Zuwendung erzwungen werden könnte. — Keine Rede kann auch davon sein, daß etwa die Grundsätze der Mentalreservation zu einem andern Ergebnis führten. Handelt es sich ja doch nicht darum, das Versprechen wegen des geheimen Vorbehalts, man wolle nicht zahlen sondern schenken, nichtig sein zu lassen. Vielmehr ist das Versprechen wegen Formmangels nichtig und ein Grund, es zur Strafe für die Mentalreservation des Versprechenden dennoch gültig sein zu lassen, nicht vorhanden.

Zu andern Postulaten wird allerdings die Interessenabwägung unter Umständen gelangen, wenn Dritte, z. B. Cessionare, mit ins Spiel kommen. Man nehme etwa an, der Versprechensempfänger cediere unter Vorlegung der Urkunde, in welcher der Aussteller die Rückzahlung eines vom Erblasser empfangenen Darlehens verspricht, die vermeintliche Forderung an einen gutgläubigen Dritten. Entsteht solchenfalls nicht das Bedürfnis, den Cessionar, mindestens wenn er entgeltlich erwirbt, zu schützen? Hier muß nun zweifellos mit dem § 405 oder dessen Analogie operiert werden. Unmittelbar zur Anwendung kann derselbe wohl kommen, wenn im Schuldschein die Rückzahlung eines Darlehens genannt ist. Hier liegt wiederum der schon früher besprochene Fall der Vorspiegelung eines gesunden Geschäfts an Stelle eines kranken vor[256]). Darauf, ob der Gläubiger und Cedent sich an der Vorspiegelung dem Dritten gegenüber beteiligt hat, oder ob er selbst getäuscht worden ist, kann es wohl nicht ankommen. Die Worte „daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt sei" lassen sich auf solche Fälle einseitiger Vorspiegelung, in denen ausnahms-

---

256) S. o. Text vor Note 119.

weise doch Nichtigkeit des Schuldverhältnisses Platz greift, ohne weiteres mit beziehen. Schwieriger zu entscheiden ist die Frage, wie es bei Ausstellung einer cautio indiscreta im Fall der Cession zu halten ist. Weiß der Versprechende bei Abgabe des Versprechens, daß er trotz des Versprechens nichts schuldet, daß er jederzeit sich auf mangelnde Schenkungsform berufen kann, so kann man immer noch sagen, seine Erklärung sei zum Schein erfolgt. Der § 405 greift ein. Wie aber, wenn er bei Abgabe des Versprechens oder Anerkenntnisses des Glaubens war, nunmehr verpflichtet zu sein? Alsdann wird von einer Scheinerklärung nicht mehr die Rede sein können und wollte man dem früher besprochenen Fall des bei konsentierter Schenkung im beiderseitigen Einverständis ausgestellten abstrakten Schuldscheins entsprechend entscheiden, so müßte man zur Ablehnung der Haftung aus § 405 gelangen. Immerhin ist jedoch die Situation in dem jetzt zur Erörterung stehenden Fall insofern eine andere, als der Versprechende durch seine Vorspiegelung dem Versprechensempfänger gegenüber diesem Anlaß gibt, seinem Cessionar mitzuteilen, daß es sich um Darlehensrückzahlung handle. Ist dies geschehen, so hat der Schenker indirekt ganz denselben Effekt herbeigeführt, wie wenn er im Schuldschein die Rückzahlung eines Darlehens versprochen hätte. Er hat ebenfalls wissentlich dem Dritten gegenüber den Schein eines gesunden Geschäfts hervorgerufen. Bei dieser Sachlage dürfte es möglich sein, der ratio des § 405 entsprechend den Schenker haften zu lassen [257]). Einen Unterschied zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Cession zu machen, dürfte auf Grund des § 405 nicht angehen, so sehr

257) Eine Konsequenz dieser Entscheidung würde es sein, daß auch im Fall der konsentierten durch abstrakten Schuldschein zum Ausdruck gebrachten Schenkung zu haften wäre, wenn der Beschenkte im Einverständnis mit dem Schenkenden seinem Cessionar ein Darlehen vorspiegelt. Hier würde allerdings, wenigstens in der Mehrzahl der Fälle, auch mit § 826 zu helfen sein.

auch eine billige Abwägung der beiderseitigen Interessen dieses Resultat nahe legte.

Wie schon bemerkt, hat in allen den aufgeführten Fällen die Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen strengeren Form die Nichtigkeit des abstrakten Obligierungsakts gemäß § 125 zur Folge. Gegen diese Regelung im Falle der Schenkung hat v. Tuhr de lege ferenda Widerspruch erhoben[258]). Auch hier sieht er ebenso wie bei der Behandlung von Spiel, Wette und Differenzgeschäft in den Sätzen des BGB. einen überflüssigen und störenden Verstoß gegen die Struktur des abstrakten Schuldversprechens. Nach seiner Meinung hätte nur eine Einrede (entsprechend der römischen exceptio legis Cinciae) erteilt werden dürfen und zwar eine Einrede im strengen Sinn des Worts, so daß bei Nichtgeltendmachung des Einrederechts seitens des Schenkers das abstrakte Versprechen zur Durchführung gebracht würde. Nun wäre es ja allerdings ein möglicher Standpunkt, wenn dem Schenker, der die Form des Schenkungsversprechens verabsäumt hat, generell die Möglichkeit eingeräumt würde, das nicht formgerechte Versprechen durch Nichtvorschützen der exceptio konvaleszieren zu lassen. Man könnte sagen, darin vermag sich gerade die Ernsthaftigkeit und Dauerhaftigkeit seiner Absicht zu bewähren. Allein ebenso verständlich und wohl vorzuziehen ist der Standpunkt, daß man sagt, das ist eine viel zu zweifelhafte Sache, in dieser Weise auf das Nichtvorschützen die Einrede abzustellen. Viel häufiger als infolge einer Bestätigungsabsicht wird der Schenker aus andern Gründen, vor allem aus Rechtsunkenntnis, das Vorbringen der Einrede unterlassen. Jedenfalls aber müßte man, wenn man den Exzeptionsgedanken der lex Cincia zu Grund legen wollte, die unverdeckte und die durch ein abstraktes Versprechen verhüllte Schenkung gleich behandeln.

258) Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem BGB. S. 18 u. 19.

Es geht nicht an, ihn nur gegenüber den in die Form der §§ 780 und 781 gekleideten Schenkungsversprechen zur Anwendung zu bringen. Die weiteren Bedenken v. Tuhrs, die aus seiner Auffassung von der Natur oder Struktur der abstrakten Schuldverträge abgeleitet werden, sind schon oben (s. Text zu N. 209) widerlegt. Insbesondere liegt ja die petitio principii, welche verlangt, daß sämtliche Kausamängel, auch die rechtliche Reprobation der Causa, nur einredebegründend wirken sollen, klar zu Tage. Geht man davon aus, daß die turpis vel injusta causa ebenfalls Nichtigkeit des abstrakten Versprechens zu begründen vermag, wie noch des Näheren nachzuweisen sein wird, so geht auch das Argument verloren, daß das BGB. von seiner regelmäßig bei Kausareprobation beobachteten Stellungnahme abweiche. Es wäre vielmehr, nach dem oben in § 5 Ausgeführten eine Abweichung von der sonstigen Regelung gewesen, wenn das Gesetz, wie v. Tuhr es will, bei dem schenkweise erteilten Schuldversprechen ausdrückliche Geltendmachung der Einrede von Seiten des Beklagten verlangt, bei Aufdeckung der Schenkungskausa durch den Kläger der Klage stattgegeben hätte [259]).

Beseitigungen jeglicher Formvorschrift sind enthalten einmal in dem § 350 des HGB. ferner in § 782 des BGB.

Verhältnismäßig einfach erledigt sich die handelsrechtliche Ausnahmebestimmung. Ist ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis ein Handelsgeschäft auf Seiten des Schuldners und ist dieser Vollkaufmann (§ 351 HGB.) so kommt die Formvorschrift nicht zur Anwendung. Für die Frage, wann ein Handelsgeschäft vorliegt, sind die §§ 343 und 344 HGB. maßgebend. — Nun ist mit Recht bezweifelt worden [260]), ob diese

259) S. gegen v. Tuhr auch Klingmüller a. a. O. S. 129. 130.
260) S. v. Tuhr a. a. O. S. 4 N. 3. Klingmüller a. a. O. S. 82.

Bestimmung eine allzu große praktische Tragweite haben wird. Denn bei den Klagerleichterungsverträgen, überhaupt überall wo der Klagerleichterungszweck mitwirkt, drängt das praktische Bedürfnis ganz ohne weiteres auf schriftliche Fixierung hin. Im Interesse des Gläubigers wird es jedenfalls immer liegen, auf einem solchen zu bestehen. Für das Delegationsversprechen gelten, namentlich wenn mit einer weiteren Zirkulation des Forderungsrechts gerechnet wird, diese Gründe noch in verstärktem Maß. Auch bei den Feststellungsgeschäften wird die Schriftlichkeit gerade in der Handelswelt das Uebliche sein. Immerhin dürfte sich gerade hier, bei den nichtvergleichsmäßigen Feststellungen im engeren Sinn und bei der Erhebung unvollkommener Verbindlichkeiten zu klagbaren, die Bedeutung der Bestimmung am deutlichsten zeigen. Hier trifft auch die ratio, welche zur Aufstellung der Ausnahmevorschrift geführt hat, unzweifelhaft zu. Für den im Betrieb seines Handelsgewerbes paktierenden Vollkaufmann brauchen keine besonderen Schutzmaßregeln gegen Uebereilung aufgestellt zu werden, mag er nun an ihn gestellte Ersatzansprüche durch Anerkenntnis erledigen oder etwa erkrankten oder verunglückten Angestellten eine Alimentation versprechen. Die Beweisbarkeit des Obligierungsakts selbst, sowie die Beweisbarkeit des Obligationsinhalts wird in derartigen Fällen in der Regel auch keine allzu großen Schwierigkeiten machen.

Bei kritischer Würdigung der Bestimmung des § 350 HGB. wird man zu dem Ergebnis gelangen, daß zwar auch hier eine Unterscheidung der verschiedenen Geschäftszwecke Vorteil gebracht haben würde, daß aber erhebliche Unzuträglichkeiten aus derselben sich nicht ergeben werden. Denn in den Fällen, in denen die Form Bedürfnis ist, wird gerade der Handelsverkehr ausnahmslos zu ihr greifen und die Fälle, in denen angebliche mündliche abstrakte Versprechen zu Streitigkeiten in schwierigen Prozessen Anlaß geben,

werden äußerst selten sein.

Erheblich größere Schwierigkeiten verursacht die Bestimmung des § 782, nach welcher Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnisse, die auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs erteilt sind, nicht an die schriftliche Form gebunden sein sollen. Die Schwierigkeiten beziehen sich vor allem auf die Abgrenzung der unter den Grundsatz der Formfreiheit fallenden Geschäfte. Ihnen gegenüber fällt die Streitfrage, ob in der Tat durch den § 782 eine Ausnahme von der Förmlichkeit der abstrakten Verträge statuiert wurde und nicht viel mehr die formlosen Vergleichs- und Abrechnungsversprechen kausale Natur haben, nicht ins Gewicht.

Was das Verhältnis des § 782 zu den §§ 311—313 anlangt, so wird dasselbe durchaus übereinstimmend beurteilt. Es wird allgemein anerkannt, daß diese letzteren Paragraphen die lex specialis enthalten, daß also die vergleichsmäßige Anerkennung, man sei verpflichtet, ein Grundstück zu Eigentum zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf.

Die Abgrenzungsfrage erledigt sich verhältnismäßig einfach beim Vergleich.

Es wurde schon oben davon ausgegangen [261]), daß für die Begriffsbestimmung des Vergleichs auch im Sinne des § 782 der § 779 maßgebend ist. Danach wäre einerseits Beseitigung eines Streits, einer Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis oder einer Unsicherheit der Verwirklichung eines Anspruchs, auf der andern Seite gegenseitiges Nachgeben erforderlich [262]). Daraus ergibt sich, daß bei allen den doppelseitigen oder einseitigen Feststellungsge-

261) S. bei N. 142—144.

262) Auf materiellrechtlichem Gebiet dürfte über der Begriffsbestimmung des Vergleichs kein Streit sein. Die Meinungsdifferenzen, welche den Prozeßvergleich betreffen, interessieren hier nicht.

schäften, bei denen es entweder am Streit, oder der Unsicherheit, oder am gegenseitigen Nachgeben fehlt, die gewöhnliche Formvorschrift durchgreift. Auch von einer analogen Ausdehnung der Formbefreiung auf diese Geschäfte kann nicht die Rede sein, wenn auch im vorigen Paragraphen de lege ferenda manche Gründe für eine solche geltend gemacht wurden. Da man immerhin sagen kann, der synallagmatische Charakter des Vergleichs, die Nötigung sich über ein gegenseitiges Nachgeben zu vereinbaren, läßt den Moment der rechtlichen Bedeutung eher hervortreten und weist die Parteien mehr auf ein Abwägen der Interessenlage hin als dies bei den obigen Feststellungsgeschäften geschieht, so darf über die positive Ausnahmebestimmung des Gesetzes nicht hinausgegangen werden. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung sind gerade infolge jenes synallagmatischen Elements nicht unüberwindlich und jedenfalls nicht größer als diejenigen, die sich bei der Abgrenzung zwischen Feststellungsgeschäft und Schenkung ergeben können.

Auf die nähere Bestimmung der einzelnen Begriffsmerkmale, die Frage, ob die Ungewißheit eine objektive sein muß, oder auch eine subjektive sein darf, wann man von einem Streit reden kann, in welchen Formen sich das gegenseitige Nachgeben zu vollziehen vermag u. s. w., ist nicht im Einzelnen einzugehen.

Unter den technischen Mitteln, durch die sich das gegenseitige Nachgeben verwirklicht, interessieren hier lediglich die Obligationsbegründungen und Obligationsanerkenntnisse. Sie kommen in zweifacher Weise vor, als Außerstreitsetzung vorausgesetzter bestrittener oder sonst unsicherer Forderungsrechte, sowie als Neubegründung von Obligationen. Die Vorschrift des § 782 bezieht sich nur auf den erstgenannten Fall. Denn in der vergleichsmäßigen Neubegründung von Forderungsrechten liegt gar keine selbständige Obligierung. Wenn jemand gegen Barleistung auf eine bestrittene For-

derung hin seinerseits eine Leistung zu machen verspricht, so wird niemand diese Verpflichtung ein selbständiges Schuldversprechen nennen, es sei denn, daß zum Zweck der Klagerleichterung ein indiskreter Schuldschein ausgestellt wurde. Der Vergleich ist an sich kausales Hilfsgeschäft und nur wenn bei Abschluß eines Vergleichs die Feststellung eines bisher bestrittenen Forderungsrechts erfolgt, kann wegen der Unabhängigkeit der also festgestellten Obligation von der ursprünglichen Sachlage die Vorstellung des selbständigen Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses Anwendung finden, woraus sich die Terminologie des GB. erklärt. Ob dabei die Versprechens- oder die Anerkenntnisform gewählt wird, ist gleichgiltig.

Eingehendere Untersuchung erfordert die Bestimmung des Abrechnungsbegriffs. Dabei handelt es sich nicht allein um die Begrenzung der Fälle, für welche die Formbefreiungsvorschrift des § 782 zutrifft, sondern auch um die Bestimmung des Geschäftsinhalts bei den verschiedenen Arten des Abrechnungsanerkenntnisses selbst. Diese Betrachtung mußte im 1. Teil beim Ueberblick über die verschiedenen den selbständigen Obligierungsakten zu Grund liegenden Geschäftszwecke aus Darstellungsgründen ausgesetzt werden.

Gemeinhin pflegt man zwei Arten von Abrechnung im weitern Sinn einander gegenüberzustellen. Einmal bringt man die Bezeichnung zur Anwendung auf die einseitige Abrechnung, auch „Berechnung" genannt, bei der Schuldposten nur auf einer Seite vorhanden sind, so daß die Abrechnung nur auf Addition beruht und die Anerkennung des Abrechnungsergebnisses lediglich die Bestätigung oder Feststellung dieses Additionsresultates darstellt. Dem gegenüber spricht man von Abrechnung im engern Sinn da, wo eine Gegenrechnung von zweierlei Guthaben stattfindet oder mit andern Worten „ein Saldo gezogen" wird.

Es fragt sich nun zunächst, ob der § 782 sich nur auf

das Anerkenntnis bei der Abrechnung i. e. S., das Saldoanerkenntnis, oder auch auf das Anerkenntnis des Additionsresultats bei bloßen Berechnungen bezieht.

Man wird wohl mit Regelsberger[263]) im Sinne des § 782 den weiteren Abrechnungsbegriff zugrunde zu legen haben. In den Materialien[264]) ist als Grund der Formfreiheit sowohl beim vergleichsmäßigen als beim abrechnungsmäßigen Anerkenntnis angeführt, bei beiden Geschäften lasse der Zweck mit voller Sicherheit erkennen, daß eine bindende Feststellung gewollt sei. Es wird ferner hervorgehoben, daß in diesen Fällen die Schriftlichkeit den Gewohnheiten des Verkehrs fern liege. Speziell für die Abrechnung wird betont, daß den Kreisen der Bevölkerung, in welchen die Abrechnungen vorkommen, um damit von Zeit zu Zeit den Mangel einer übersichtlichen Aufzeichnung zu ersetzen, durch das Verlangen einer dem Gesetz entsprechenden Urkunde eine lästige und oft nicht zu hebende Schwierigkeit bereitet würde.

In allen diesen Beziehungen dürfte nun die Situation bei den einseitigen und zweiseitigen Abrechnungen ganz dieselbe sein. Auf beiden Seiten kommen ebenso oft mündliche wie schriftliche Anerkenntnisse des Abrechnungsergebnisses vor, bei denen die Begründung einer Klage auf den Anerkenntnisakt dem Parteiinteresse entspricht oder sogar die bewußte Parteiabsicht hierauf gerichtet ist. Und wenn es auch zu viel gesagt sein dürfte, daß aus dem Abrechnungszweck die Absicht der bindenden Feststellung sich immer mit voller Sicherheit ergebe, so ist doch richtig, daß, und zwar wiederum auf beiden Seiten gleichmäßig, meistens aus den begleitenden Umständen, z. B. daraus, daß das Ergebnis in einer Rechnung vorgetragen werden soll, ziem-

263) Jahrb. f. Dogm. Bd. 46 S. 1 ff., insbesondere S. 5. u. 6.

264) Protokolle II, 509. Die Motive kommen nicht in Frage, da der 1. Entwurf die Ausnahmeschrift noch nicht kannte.

lich zuverlässige Schlüsse zu ziehen sind. Wenn sodann speziell auf bestimmte Bevölkerungskreise Bezug genommen wird, denen das Verlangen der Urkundenausstellung eine lästige Schwierigkeit bereiten würde, so läßt sich wohl behaupten, daß diese Belästigung in dem einfacheren Fall der Berechnung noch stärker empfunden würde, als bei der komplizierteren Saldoziehung.

Im einen wie im anderen Fall der Abrechnung kann der Sinn des als selbständiger Obligierungsakt aufzufassenden Anerkenntnisses noch ein verschiedener sein.

Möglich ist zunächst, daß die Parteien bei der Abrechnung eine bindende Feststellung, sei es einzelner Abrechnungsposten, sei es der Abrechnungssummen oder im Fall der zweiseitigen Abrechnung des Saldo, beabsichtigen in der Weise, daß sie erklären, das also Festgestellte nicht mehr bestreiten zu wollen. Unzweifelhaft ist nun aber mit Regelsberger davon auszugehen, daß eine solche Wirkung sich nicht aus dem Zweck des Abrechnungsgeschäfts von selbst ergibt, also niemals zu präsumieren ist. In Ermanglung besonderer Abmachungen bezw. besonderer Umstände, welche eine derartige Bindung als dem beiderseitigen Parteiinteresse entsprechend erscheinen lassen, können beliebig Rechnungsfehler geltend gemacht, Uebersehen redressiert, einzelne Posten berichtigt und danach das Resultat korrigiert werden, wie Regelsberger nach allen Richtungen zutreffend ausführt. Am häufigsten wird es noch vorkommen, daß hinsichtlich einzelner bestritten gewesener Posten bindende Fixierungen, sei es generell, sei es in Beziehung auf einzelne bestimmte Streitpunkte erfolgen. Insbesondere wird die Interpretation nicht selten ergeben, daß auf eine einem einzelnen Anspruch entgegenstehende Einrede verzichtet werden sollte. Eine bindende Feststellung des Saldo oder gar der Additionssummen bei zweiseitiger Abrechnung wird nicht häufig sein.

Demgemäß verfolgt das Abrechnungsanerkenntnis zunächst den Zweck, daß auf dasselbe eine selbständige Klage soll begründet werden können, ohne daß der Kläger zum Zweck der Substanziierung dieser Klage genötigt wäre, auf die einzelnen Abrechnungsposten zurückzugreifen. Es liegt also jedenfalls einmal der Klagerleichterungszweck zugrunde.

Nun aber erhebt sich die Frage, ob sich darin die Wirkung des Abrechnungsanerkenntnisses erschöpft, ob also der Gläubiger es in der Hand hat, wenn er will auch auf die einzelnen Posten zu rekurrieren und dieselben isoliert geltend zu machen, so daß es dem Gegner überlassen bleibt, seine Gegenforderungen einzeln oder zusammen klageweise oder compensando zu verfolgen. Diese Frage wird gewöhnlich dahin gefaßt, ob die Abrechnung oder das Abrechnungsanerkenntnis novatorische Wirkung habe. In diese generelle Fragestellung werden aber alsdann auch weitere Spezialfragen mit eingeschlossen, z. B. ob abgesehen von der Spezialvorschrift des § 356 HGB. die Vorzugsrechte und Sicherheiten, welche für die einzelnen Forderungen gegolten haben und gegeben wurden, weiter gelten und haften auch für die Saldoforderung, und ob die letztere abgesehen von § 355 HGB. unter dem Zinseszinsverbot steht.

Hier wird namentlich für die Abrechnung i. e. S. die Meinung vertreten, daß wegen der erforderlichen Aufrechnung Novationen erfolgen müßten. Während Bähr den Novationsvorgang in die Saldoanerkennung verlegte, nimmt Regelsberger an, daß sobald auf einer Seite mehrere Posten stehen, bezüglich des Additionsergebnisses ein novierender Anerkennungsvertrag abgeschlossen werde. Nach durchgeführter Aufrechnung finde dann nochmals ein Anerkennungsvertrag bezüglich des Saldo statt, der zwar möglicher- aber nicht notwendiger-weise eine Novation enthalte. Andere leugnen jede Novationswirkung, so z. B. Rießer[265]),

265) Gutachten für d. 18. Juristentag Bd. X S. 13.

und wieder andere wollen sie vom Parteiwillen abhängig sein lassen. Hierbei wird, so viel wir sehen können, prinzipiell davon ausgegangen, daß die Entscheidung bezüglich der verschiedenen im vorstehenden aufgeführten Fragen einheitlich ergehen müsse. Der erste Schritt einer richtigen Erkenntnis entgegen besteht nun aber darin, daß man sich von dieser Vorstellung befreit. Bei einer Frage der Rechtsfindung — um eine solche handelt es sich in unserem Fall —, bei der keinerlei Konsequenzziehung aus etwaigen vom Gesetz zur Anwendung gebrachten Konstruktionen in Betracht kommen kann, gibt es nur zwei Wege, die zum Ziel führen können, die Parteiwillensinterpretation und die billige Interessenabwägung soweit möglich im Anschluß an ähnliche Wertungen des Gesetzes[266]). Wendet man sich an die Parteiwillensinterpretation, so kann sie auf die generelle Fragestellung, ob Novation beabsichtigt sei, keine Auskunft geben, weil die Vorstellungen der Parteien einer derartigen Konstruktionsfrage von vornherein nicht zugänglich zu sein pflegen. Greift man dagegen auf die Interessenabwägung in dem erwähnten Sinn zurück, so ist ebenfalls klar, daß die Fragen nur einzeln gestellt werden dürfen. Nur das Eine wäre allenfalls möglich, daß die auf anderem Weg gefundenen Detailsätze ihren Ausdruck in einer derartigen Konstruktion, wie, die Abrechnung habe novatorische Wirkung, finden könnten.

Die erste Frage, die aufgeworfen werden muß, lautet, ist ein Zurückgreifen auf die einzelnen Posten der Abrechnung in dem Sinne möglich, daß sie auch unter völligem Absehen von der Abrechnung isoliert geltend gemacht werden können. Damit gelangt man unzweifelhaft auf das Gebiet, das herkömmlicherweise immer noch als dasjenige

---

266) Inwieweit man bei der ersteren auch wiederum auf Interessenabwägungen des objektiven Rechts zurückkommt, interessiert hier nicht.

der Parteiwillensinterpretation bezeichnet zu werden pflegt. Es sind zunächst bei beiden Typen der Abrechnung verschiedene ausdrückliche Parteiverabredungen denkbar und diese müssen natürlich maßgebend sein. Liegen solche nicht vor, so ist zu prüfen, was nach Lage der Umstände den beiderseitigen Parteiinteressen am besten entspricht. Hier scheint es nun, als ob man für die beiden verschiedenen Abrechnungsfälle zu verschiedenen Ergebnissen käme. Während man bei der einseitigen Abrechnung keinerlei subsidiäre Regel aufzustellen vermag, dürfte sich bei dem Saldoanerkenntnis als das der regelmäßigen Interessenlage entsprechende ergeben, daß nur die Saldoforderung geltend gemacht werden und das isolierte Einklagen der Einzelposten ausgeschlossen sein soll. Jedenfalls wird das bei jedem sogen. Saldovortrag anzunehmen sein[267]). — Liegt nun ein solcher Tatbestand zugrunde, bei dem jener Rückgriff auf die Einzelposten dem Sinn der Verabredung gemäß ausgeschlossen erscheint, so läßt sich allenfalls ex post die Regelsberger'sche Konstruktion zur Anwendung bringen, daß zwischen den auf beiden Seiten durch Addition gewonnenen und anerkannten Gesamtforderungen, den Abschlußsummen, aufgerechnet werde[268]). Man darf jedoch nicht aus dieser Konstruktion Detailsätze ableiten wollen, die man bei ihrer Aufstel-

267) Die Frage ist bekanntlich sehr bestritten. Manche wollen nur bei der Anerkennung des Kontokurrentsaldos diese „novatorische Wirkung" anerkennen, wieder andere, darunter Gerichtsentscheidungen, lehnen sie auch in diesem Fall ab. S. Regelsberger a. a. O. S. 18 N. 12. Staub zu § 355 Anm. 4 ff., 5, 6.

268) Daß die Konstruktion einer Aufrechnung zwischen den Einzelposten zu unrichtigen Vorstellungen Anlaß geben würde, hat Regelsberger wohl mit Recht ausgeführt. (S. a. a. O. S. 7, 8.) Durch die Aufrechnungskonstruktion wird man also zu der weiteren Vorstellung der Kreierung eines Forderungsrechts auf die Abschlußsumme geführt, wenn man auch nicht genötigt ist, sich dieses Forderungsrecht als ein selbständiges oder abstraktes zu denken.

lung noch nicht berücksichtigt hatte. — Keinenfalls aber ist folgende Beweisführung zulässig: um überhaupt eine Saldoforderung begründen zu können, müssen die Parteien in der genannten Weise aufrechnen. Aus der Aufrechnung ergibt sich aber von selbst der Ausschluß eines jeden Rückgriffs auf die ursprünglichen Posten, mit anderen Worten, es ist Novationswirkung in dieser Richtung mit logischer Notwendigkeit gegeben. Diese Beweisführung, die, wie es scheint[269]), bei Regelsberger zugrunde liegt, ist unschwer zu widerlegen. Einmal könnte ein Kompensationsvertrag — um einen solchen handelt es sich ja — auch bedingt und zwar unter der Bedingung si voluerim abgeschlossen werden. Ferner aber kann, wenn die Parteien die Tilgung der ursprünglichen Posten nicht beabsichtigt haben, eben gerade das Zutreffen der Aufrechnungskonstruktion in Zweifel gezogen werden. Es kann auch mittelst der Begründung einer selbständigen Forderung dem Ueberschußgläubiger lediglich das Recht verschafft werden, unter Zugrundelegung einer bestimmten Berechnung klageweise vorzugehen[270]).

Prüft man nun weiter die Frage, ob Vorzüge und Sicherheiten, die sich auf einen Einzelposten bezogen, auch nach der Abrechnung noch geltend gemacht werden können, so ist selbstverständlich auszuscheiden der Fall, daß nach der Parteiabsicht der betreffende Posten auch isoliert soll geltend gemacht werden können. Mitunter kann gerade die Bedeutung, die einer solchen Sicherung beigelegt wird, Anlaß zu

269) Außer allem Zweifel steht mir dies nicht. Es könnte auch sein, daß Regelsberger den Parteiwillen, es solle nicht mehr auf die einzelnen Posten rekurriert werden, voraussetzt.

270) Denkbar ist auch, daß nach Absicht der Parteien das Zurückgreifen auf die Einzelposten oder auf bestimmte unter ihnen nur unter weiteren Voraussetzungen z. B. im Fall eingetretenen Konkurses oder sonstiger Insolvenz des Schuldners statthaft sein soll. Auch dann könnte man noch die Konstruktion der bedingten Aufrechnung zur Anwendung bringen.

der Interpretation geben, daß die Geltendmachung der Einzelposten für bestimmte Fälle, so namentlich für den Insolvenzfall vorbehalten worden sei.

Im übrigen ist allerdings zunächst davon auszugehen, daß die Abschlußsumme, von der der Saldo übrig blieb, aus der Zusammenrechnung einer Reihe teils gesicherter, teils ungesicherter Forderungen hervorgegangen ist[271]), und daß deshalb eine Uebertragung der Bestimmtheiten und Accessionen einer einzelnen Forderung auf die festgestellte Restsumme sich jedenfalls nicht von selbst versteht. Dieselbe kann aber angeordnet werden, wie das beim Kontokorrentsaldo durch § 356 HGB. geschehen ist. Bei den Sicherheiten speziell kann auch durch Parteiabmachung bewirkt werden, daß die Sicherheit sich auf den Saldo miterstreckt. Und zwar kann das einmal gleich von vornherein bei Bestellung der Sicherheit abgemacht werden. Es kann auch, soweit nicht etwa Interessen nicht zustimmender Dritter in Frage kommen, bei der Abrechnung selbst die Uebertragung der Sicherung vorgenommen werden. Endlich kann ganze oder teilweise Exemption der gesicherten Forderung vom Abrechnungsvorgang erfolgen.

Die Frage der Verzinsbarkeit des Saldos ist aus Inhalt und Sinn der Zinseszinsverbote zu entscheiden[272]) und zwar dahin, daß dieselben auf den Saldo keine Anwendung zu finden haben. In der Saldoziehung, und ebenso auch in der Anerkennung des Abrechnungsresultats bei einseitiger Abrechnung liegt eine neue Kapitalbildung. Der ausdrücklich hiebei getroffenen Verabredung einer Verzinsung steht der § 248 Abs. 1 schon seinem Wortlaut nach nicht entgegen. Ebensowenig können § 289 und 290 sinngemäß auf diesen Fall

271) Von dem seltenen Fall, daß auf der Ueberschußseite nur eine Forderung stand, kann man absehen.

272) Hier nimmt auch Regelsberger a. a. O. S. 20 an, daß kein Zusammenhang mit der Novationsfrage bestehe.

mit bezogen werden[273]).

Fassen wir die bisherigen Ausführungen kurz zusammen, so ergibt sich, daß beim Abrechnungsanerkenntnis im engeren und im weiteren Sinn mit dem Klagerleichterungszweck sich gewisse Schuldumwandlungswirkungen, wie der Ausschluß der Bezugnahme auf die Einzelforderungen, verbinden können, andere, wie die Exemption der neugeschaffenen selbständigen Forderung von den Zinseszinsverboten, sich von selbst verbinden. Es wird deshalb zulässig sein, das Abrechnungsanerkenntnis wie schon oben geschehen, als einen eigenartigen Schuldumwandlungsvertrag zu bezeichnen.

Ein weiteres Eingehen auf die mit der novatorischen Wirkung der Abrechnung zusammenhängenden konstruktiven Streitfragen erscheint an dieser Stelle überflüssig. Mit der Anwendbarkeit des § 782 haben dieselben weiter nichts zu tun. Insbesondere kann unerörtert bleiben, ob bei der doppelseitigen Abrechnung etwa schon in Beziehung auf die Additionssummen Anerkenntnisse oder selbständige Obligierungen angenommen werden können oder erst in Bez. auf den Saldo[274]).

Unter allen Umständen vermag sich der ganze Vorgang gemäß § 782 formlos zu vollziehen. Die formlose Anerkennung des Saldo oder des Additionsresultats reicht aus, um die darauf gestellte Klage zu begründen. Aus dem § 782 wird sich auch ergeben, daß die bei einer Abrechnung vorgenommene bindende Feststellung eines Einzelpostens, auch wenn sie keine vergleichsmäßige ist, formlos Gültigkeit hat. Unter den Wortlaut „auf Grund einer Abrechnung" läßt sich nicht bloß das Anerkenntnis des Abrechnungsresultats subsumieren, wenn

---

273) Daß das arg. a. contrario aus § 355 HGB. ausgeschlossen ist, hat Regelsberger a. a. O. richtig ausgeführt.

274) Nach Ansicht des Verfs. dürfte die Annahme einer selbständigen Obligierung auf den Saldo vollständig ausreichen.

auch hieran in erster Linie gedacht worden sein mag. Die ratio legis, daß bei den Abrechnungen kein besonderer Schutz der Parteien gegen Uebereilung durch Formvorschriften erforderlich sei und die Ausstellung von Urkunden hier der Gewohnheit widerstrebe, trifft auch für diese Fälle zu. Eine Abgrenzung der Fälle, in denen die Feststellung des Einzelpostens noch als auf Grund einer Abrechnung erfolgt gelten kann, wird sich ebenfalls vollziehen lassen.

2. Klagbegründung und Verteidigung in den verschiedenen Fällen selbständiger Obligierung.

a. § 8. Die formlosen Vergleichs- und Abrechnungs-Versprechen und Anerkenntnisse.

Hinsichtlich der zuletzt besprochenen formlosen Vergleichs- und Abrechnungsversprechen hat sich in der neuesten Literatur eine Streitfrage erhoben, auf die im bisherigen schon mehrfach hingewiesen wurde.

Man hat gesagt, der § 782 statuiere nur eine scheinbare Ausnahme von der Schriftform der selbständigen Schuldversprechen und Anerkenntnisse. Denn da in beiden Fällen auf die kausale Vereinbarung der Abrechnung oder des Vergleichs Bezug genommen werden müsse, könne das formlose Versprechen nur so geltend gemacht werden, daß es als kausales dargestellt werde[275]). Demgegenüber hat Klingmüller wiederum die abstrakte Natur speziell der Abrechnungsanerkennung (vom Vergleich schweigt er) darzulegen gesucht[276]), indem er ausführt, daß gerade die Abrechnungsvereinbarung „denselben von den einzelnen Posten abstrahierenden daher abstrakten Charakter zeige, wie etwa die Zurückführung der mehrfachen obligatorischen Beziehungen

275) S. v. Tuhr a. a. O. S. 5. Eine ähnliche Deduktion findet sich bez. des Vergleichs bei Crome II S. 900 zu N. 36 u. S. 992 lit. b.

276) A. a. O. S. 81 N. 2.

unter den Parteien auf die eine Rechtsbeziehung des Wechsels". Auch der Erfolg sei derselbe: die Begründung einer streng einseitigen Schuldverpflichtung und die Beschränkung der Einwendungsmöglichkeiten für den Schuldner.

Die Ausführungen Klingmüllers sind zweifellos abwegig. Denn darüber, daß Abrechnung und Vergleich als Ganzes genommen kausale Geschäfte sind, da, sobald man sie in ihrer Gesamtheit betrachtet, die Hilfsgeschäftsfunktion als Abwicklungsgeschäft und die Gliedstellung zu den zugrund liegenden ursprünglichen Güterschiebungen deklariert und damit das Geschäft in vollem Umfang wirtschaftlich klargelegt wird, dürfte Uebereinstimmung herrschen. Nur von seiner einseitigen Betonung der Entgeltfrage aus kann Klingmüller zu dem Schluß kommen, daß speziell die Abrechnung (nicht ebenso der Vergleich) ein abstraktes Geschäft sei. Auch von diesem Standpunkt aus ließe sich übrigens noch bezweifeln, ob man nicht ein kausales Geschäft insofern anzunehmen habe, als man die Befreiung von den Einzelforderungen (wo solche eintritt) als Aequivalent für die neubegründete Abrechnungsforderung auffassen könnte[277]).

Eine andere Frage ist es, ob man den Obligationsbegründungsakt nicht doch, unter Loslösung aus dem Zusammenhang des kausalen Abwicklungsgeschäfts einen selbständigen (oder allenfalls auch abstrakten) nennen kann, eben wegen des Verhältnisses zu den Abrechnungsposten oder der beim Vergleich vorausgesetzten Obligation. Daß das Gesetz sich dieser Begriffsbildung bedient, ist schon wiederholt ausgeführt.

Will man sich dieser gesetzlichen Terminologie anschließen, so läßt sich etwas Stichhaltiges dagegen nicht einwenden. Man muß sich nur darüber klar bleiben, in welchem Sinn man von selbständigen Forderungen spricht.

---

277) S. Regelsberger a. a. O. S. 31.

Andererseits fragt es sich, ob nicht die gesamte Behandlung dieser formlosen Vergleichs- und Anerkennungsversprechen so sehr von derjenigen der sonstigen selbständigen Schuldverträge abweicht, und sich so sehr an die Behandlung der kausalen obligatorischen Verträge anschließt, daß es sich für die Wissenschaft allerdings empfiehlt, eine Gleichstellung mit den letzteren vorzunehmen, wie es von Tuhr will. Dies dürfte in der Tat nach allen Richtungen hin zutreffen.

Lassen wir aber nunmehr die Begriffsbildungsfrage beiseite und untersuchen wir die praktische Behandlung der beiden Fälle.

Schon in Bez. auf die Klagbegründung ergeben sich starke Differenzen gegenüber den Schuldversprechen aus § 780 und den Anerkenntnissen des § 781. In beiden Fällen müssen neben der Vereinbarung, die sich auf die selbständige Schuldverpflichtung bezieht, weitere Vorgänge behauptet werden.

Im Fall der Abrechnung sind dies einmal der Abrechnungsvorgang selbst und ferner die Beziehung der Schuldverpflichtung auf diesen Vorgang. In letzterer Hinsicht handelt es sich wiederum um einen Konsens, entweder dahin gehend, daß die Schuldverpflichtung das Abrechnungsresultat darstellen solle, oder, sofern es sich um Feststellung eines Einzelpostens zum Zweck der Abrechnung handelt, in der Richtung, daß die Feststellung unter der Voraussetzung eines nachträglichen Abrechnungsabschlusses erfolge. Irgendwelche Bezugnahme auf die einzelnen Abrechnungsposten hat dabei, wie aus dem ganzen Geschäftszweck sich unmittelbar ergibt, nicht zu erfolgen.

Wieder etwas anders gestaltet sich die Klagbegründung beim formlosen Vergleichsanerkenntnis. Hier wird es nicht genügen, wenn Kläger etwa ausführt: Beklagter hat am 1. März 1905 vergleichsweise anerkannt, daß er mir 1000 Mk. restliches Kaufgeld aus einem am 15. Februar zu Stuttgart abgeschlossenen Pferdekauf schuldig sei. Vielmehr wird

der Vergleichstatbestand zwar nicht in extenso doch aber insoweit angegeben werden müssen, daß die Voraussetzungen eines gültigen Vergleichs, Streit oder Ungewißheit und gegenseitiges Nachgeben erhellen [278]).

Anders liegt es, sobald ein dem Formerfordernis genügendes Vergleichsversprechen oder -anerkenntnis abgegeben ist. Der Schuldschein: „auf Grund Vergleichs anerkenne ich, dem X aus einem Pferdekauf noch 1000 Mk. schuldig zu sein. Tübingen, den 1. März 1905. Y", genügt zweifellos zur Begründung einer Klage.

Die im bisherigen geschilderte Klagbegründung bei den formlosen Vergleichs- und Abrechnungsanerkenntnissen hat eine Reihe weiterer Abweichungen vom sonstigen Rechte der abstrakten Schuldverträge zur Folge.

Vor allem werden durch die erforderliche Bezugnahme des Gläubigers auf ein bestimmtes Vergleichs- oder Abrechnungsgeschäft Schwierigkeiten abgeschnitten, die sich in prozessualer Richtung in den übrigen Fällen ergeben. Da Kläger das Kausalverhältnis aufzudecken hat, von dem das Versprechen oder Anerkenntnis einen Bestandteil bildet, können hinsichtlich der Beziehung des Schuldversprechens und somit auch hinsichtlich der am Ende des § 5 oben erörterten Fragen der Rechtshängigkeit und Rechtskraft keine Zweifel entstehen. Alle die besonderen Komplikationen in der Beweisregulierung, die zum Teil dort schon berührt wurden, zum Teil noch weiter unten (in § 13) zu behandeln sind, kommen in Wegfall. Die Frage der Klagänderung wird nur wegen Uebergangs zu dem ursprünglichen Entstehungsgrund der festgestellten Obligation, bezw. zu einem Einzelposten, nicht aber wegen

278) Die prozessualen Fragen, was als Angabe des Klagegrunds in der Klagschrift genügt (Individualisierungs- oder Substantiierungstheorie) und ob der Beklagte etwa den Tatbestand des Vergleichs als vorhanden zugeben kann, ohne daß Kläger denselben näher substantiiert hat, bleiben beiseite.

Darlegung der einzelnen Bestandteile des Vergleichs oder des gesamten Abrechnungsvorgangs aufgeworfen werden können.

Wie zum Zweck des Angriffs auf den Tatbestand der Abrechnung oder des Vergleichs zurückgegriffen werden muß, so wird sich auch die Verteidigung unmittelbar, d. h. ohne den Umweg über das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, auf die Korrektheit und Gültigkeit dieser Vorgänge beziehen, oder Tatsachen geltend machen, welche zu einer veränderten Auslegung dieser Tatbestände führen. Häufig wird sich der Streit auch von Haus aus nur um die Frage drehen, wie bestimmte von den Parteien übereinstimmend dargestellte Erklärungen auszulegen seien.

Dies leuchtet ohne weiteres ein beim Vergleich. Vor allem wird geltend gemacht werden, daß der Vergleich als negotium turpe nichtig oder nach § 119 oder 123 anfechtbar und angefochten, oder gemäß § 779 unwirksam sei. Oder es wird die Verteidigung darauf gestützt, daß die gebrauchten Worte gar nicht im Sinn einer Anerkennung, wofür allerdings der Wortlaut spreche, aufzufassen gewesen seien, sondern die Parteien nur an einen bestimmten Einredeverzicht gedacht haben [279]. Endlich können beliebige weitere ausdrückliche oder aus der bonae fidei interpretatio sich ergebende Verklausulierungen des Vergleichs behauptet werden, wobei dann die bekannte allgemeine Streitfrage einsetzt, ob in dieser Bez. der Beklagte die Beweislast trage oder ob er den Kläger zum Beweis nötige.

Daß es sich hier niemals um echte Einreden handelt, daß nicht etwa, wenn aus dem klägerischen Vortrag sich die Unwirksamkeit des Vergleichs gemäß § 779 ergibt, die Erklärung des Beklagten abgewartet wird, er mache die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung geltend, liegt auf

279) Dieser letztere Einwand wird häufig mit der Verteidigung aus § 779 zusammenfließen und es wird vielfach nicht nötig sein festzustellen, ob die Verteidigung des Beklagten den einen oder den andern Sinn hat.

der Hand und wird wohl auch von denjenigen anerkannt, die bei den gewöhnlichen abstrakten Schuldversprechen echte Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung annehmen. Ebensowenig können jemals die dem Bereicherungsrecht angehörigen §§ 814 und 815 zum Zug kommen. Denn immer schlägt der Gedanke durch, daß das formlose Versprechen nur im Zusammenhang eines vollgültigen Vergleichs Wirksamkeit habe.

Bei der Abrechnung widerstreitet die oben aufgestellte Behauptung, daß das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung nicht zur Anwendung komme, durchaus der herrschenden Meinung [280]). Zwar wird ja wohl allgemein zugegeben, daß der Streit zwischen den Parteien sich um die Gültigkeit des ganzen Abrechnungsgeschäfts drehen kann. So kann dasselbe z. B. als negotium turpe gelten, wenn sämtliche Abrechnungsposten oder der überwiegende Teil derselben [281]) auf seiten des Ueberschußgläubigers aus Geschäften stammen, die gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen. Allein die Fälle, in denen dies zutrifft, werden verhältnismäßig selten sein. Der weitaus häufigere Fall ist der, daß das Abrechnungsresultat auf Grund der Bemängelung einzelner Posten korrigiert werden soll und hier eben pflegen die Bereicherungskonstruktionen einzusetzen. Auszugehen ist von dem regelmäßigen Fall der Abrechnung, in dem zwar ein selbständig einklagbares Gesamtforderungsrecht begründet werden soll, aber salvis erroribus et omissionibus [282]). Die häufigste Verteidigung dürfte hier wohl sein, daß entweder ein Rechnungsfehler geltend ge-

280) S. z. B. Staub zu § 355 HGB. Anm. 29. 30. 31 für die Saldofeststellung beim Kontokurrent; Regelsberger a. a. O. S. 29 ff. und die dort zitierten Entscheidungen.

281) Auf eine derartige quantitative Abgrenzung wird man hier wohl kommen müssen.

282) Ob die Klausel S. E. & O. beigesetzt ist oder nicht, ist gleichgültig. Wenn nichts Entgegengesetztes verabredet, gilt sie als dem Sinn des Geschäfts entsprechend.

macht oder irrtümliche Einstellung falscher Posten auf der Gläubigerseite behauptet wird[283]). Um eine solche Bekämpfung des Abrechnungsanerkenntnisses zu rechtfertigen, bedarf es nun gewiß nicht des Rekurses auf das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung. Die Zulässigkeit der Bemängelung ergibt sich ganz ohne weiteres aus dem Vertragsinhalt. Deshalb darf man auch, mag man sonst über die Art und Weise der Durchführung des Bereicherungsrechts gegenüber selbständigen Obligierungsakten denken wie man will, keinenfalls zu dem Resultat kommen, daß wenn die pluspetitio aus dem Klagvortrag sich ergibt, erst noch eine Bereicherungseinrede des Beklagten abgewartet werden müßte.

Nicht so einfach ist das Verhältnis, wenn es sich um die bewußte Einstellung von indebita und die darauf gegründete Bemängelung des Abrechnungsresultats handelt. Hier ist zuvörderst in einer Reihe von Fällen nicht unbestritten, ob und inwieweit die Bemänglung des anerkannten Abrechnungsresultats überhaupt zulässig ist. Allerdings dürfte, wenn das indebitum auf einem gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßenden Geschäft beruht, in der Weise, daß wegen turpitudo accipientis auch das Geleistete zurückgefordert werden könnte, allgemein anerkannt sein, daß die entsprechende Korrektur des Abrechnungsresultats zu erfolgen habe. Ebenso wird wohl allgemein die Bemängelung ausgeschlossen werden, wenn es sich um einen keine Schenkung darstellenden und deshalb formlos gültigen Einredeverzicht handelt,. oder wenn sich in Bez. auf den betreffenden Posten eine vergleichsmäßige oder sonstige Feststellung vollzog. Wie

283) Das Uebersehen eines Postens auf der Schuldnerseite spielt deshalb eine geringere Rolle, weil hier vielfach noch die Möglichkeit der Kompensation gegenüber der Saldoforderung bestehen wird. Immerhin kann eine solche Omission auch zu einem Angriff auf das Abrechnungsresultat führen, wenn Zinsberechnungen in Frage kommen oder wenn zugleich negative Anerkennungserklärungen abgegeben sind, daß keinem der Beteiligten weitere Forderungen zustehen.

aber in den übrig bleibenden Fällen? Wie, wenn z. B. der Anerkennende gewußt hat, daß ein von seinem Gegner eingestellter Debetposten überhaupt niemals existiert hat oder durch Zahlung erledigt ist? Wie ferner bei Spiel-, Wett-, Differenz-, Ehemäklerlohnschulden oder Schulden aus unzulässigen Börsentermingeschäften gemäß § 66 des Börsengesetzes? Wie endlich bei Forderungen aus beiderseitigen negotia turpia? Beim gewöhnlichen indebitum wird wohl überwiegend Unanfechtbarkeit des Anerkenntnisses auf Grund von § 814 angenommen, ohne daß indessen das Zutreffen des Paragraphen stets genauer geprüft zu werden pflegt. Hinsichtlich der Behandlung der Spiel- rc. Schulden sind, namentlich in der auf den Kontokurrentvertrag bezüglichen Literatur und Rechtsprechung, sehr verschiedenartige Ansichten aufgestellt.

Die herkömmliche Behandlungsweise geht wiederum von konstruktiven Vorstellungen aus, z. B. ob die ursprünglichen Forderungen im Abrechnungsergebnis fortleben oder nicht, ob der Abrechnungsvorgang lediglich vom Standpunkt der Obligationsbegründung aus aufzufassen oder ob in ihm ein weiteres Element enthalten sei, das die Gleichstellung mit einer Erfüllung der Einzelposten rechtfertige. Im ersten Fall müßten § 762 Abs. 2 und die ihm korrespondierenden anderen Gesetzesbestimmungen sowie der oben erörterte Grundsatz durchschlagen, daß der einseitige Schenker sowie der Vertragsschenker gemäß § 518 zu schützen ist. Im zweiten Fall käme zur Geltung, daß Spielschulden erfüllt und vollzogene liberale Zuwendungen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen revoziert werden können. Regelsberger gelangt von seiner Konstruktion aus zu dem Resultat, daß bei der echten Abrechnungsanerkennung, bei der eine Aufrechnung Platz greife, eben infolge der Aufrechnung eine materielle Befriedigung stattfinde und daß deshalb die Bemänglung des Abrechnungsresultats auszuschließen sei. Anders nur, wenn sämtliche auf seiten des Ueberschußgläubigers verrechneten Forderungen

auf dem rechtlich mißbilligten Grund beruhen[284]). Wo die Aufrechnung fehlt, wie beim einseitigen Abrechnungsgeschäft, würde das Gegenteil sich ergeben.

Richtiger Ansicht nach sind alle diese Argumentationen abzulehnen.

Auf derartige Fragestellungen, ob die ursprünglichen fehlerhaften Forderungen noch als in der Abrechnungsforderung weiterlebend angesehen werden können, oder ob eine vollständige Tilgung unter Befriedigung des Gläubigers stattgefunden habe, läßt sich überhaupt, da eine gesetzliche Konstruktion nicht vorhanden ist, auf dem Weg begrifflicher Deduktion keine Antwort gewinnen. Auch wenn man die Regelsberger'sche Aufrechnungskonstruktion zugrund legt, ließe sich sagen, es ist ja nicht nachweisbar, daß gerade die fehlerhafte Forderung durch Aufrechnung getilgt ist. So lange ein Saldo übrig bleibt, kann in demselben auch noch die fehlerhafte Forderung oder ein Stück derselben stecken[285]).

Es kann vielmehr nur die Erwägung angestellt werden, wie weit auf der einen Seite das vom Gesetz in verschiedenen Einzelbestimmungen zum Ausdruck gebrachte Interesse reicht, daß mißbilligte Forderungen nicht direkt oder indirekt zur zwangsweisen Durchführung gebracht und ein Schenker, der noch nicht erfüllt hat, zur Erfüllung genötigt werden soll, und wie weit auf der andern Seite das Bedürfnis reicht, die durch den Abrechnungsvorgang erledigten Dinge

---

284) Bezüglich der unsittlichen Forderungen, bei denen die Parteien in pari turpitudine versieren, müßte Regelsberger ebenfalls zu dem Resultat kommen, daß sie durch Erfüllung untergegangen seien, und daß deshalb nach dem Grundsatz des § 817 das Abrechnungsresultat nicht angegriffen werden dürfe.

285) Warum gerade der umgekehrte Schluß gemacht werden soll, es lasse sich nicht nachweisen, daß die fehlerhafte Forderung nicht durch die Aufrechnung getilgt sei, ist nicht einzusehen (s. Regelsberger a. a. O. S. 27).

ruhen zu lassen. Da scheint es uns denn der Gesamttendenz des Gesetzes mehr zu entsprechen, wenn man, so lange keine vollständige Erledigung stattgefunden hat, sondern noch einzutreibende Forderungsrechte ausstehen, in denen, sei es auch nur indirekt, mißbilligte Forderungen oder Schenkungen enthalten sein können, Kürzung des Forderungsrechts in Höhe jedes nicht einwandfreien Postens eintreten läßt. So käme man zu dem Resultat, zwar niemals eine Nachforderung mit der Begründung zuzulassen, daß man dem Gegner eine der erwähnten mißbilligten Forderungen gutgerechnet habe, wohl aber, wenn in einer Abrechnungsforderung derartige Posten oder Ueberschüsse von solchen über gleichstehende Posten auf der Gegenseite enthalten sind, entsprechende Abzüge zu gestatten. Klar ist dabei, daß, wenn auf beiden Seiten mißbilligte Forderungen stehen, diese quoad concurrentes quantitates als durch die Abrechnung beseitigt gelten [286]).

286) Um sich die im Text vorgeschlagene Berechnungsweise klar zu machen, gehe man von ff. möglichst einfach gewählten Beispielen aus: a) Fall der einseitigen Abrechnung: A hat von B 1000 Mk. aus Darlehen, 1000 Mk. rückständiges Kaufgeld und 1000 Mk. aus Spiel zu fordern. B anerkennt auf Grund einer Abrechnung 3000 schuldig zu sein. Hier kann er von den eingeklagten 3000 die 1000 Mk. Spielforderung abziehen. b) A hat 2000 Mk. aus Darlehen und 1000 Mk. aus Spiel zu fordern, B 1000 Mk. aus Darlehen. Es erfolgt Saldoanerkenntnis in Höhe von 2000. Auch hier ist Kürzung um 1000 vorzunehmen. c) A hat je 2000 aus Darlehen und aus Spiel, B je 1000 aus denselben causae zu fordern und es wird ein Saldo zu gunsten des A von 2000 anerkannt. Auch hier kann um 1000 gekürzt werden, da in dem Saldo ein Ueberschuß von Spielforderungen enthalten ist. Dagegen ist alles erledigt in f. Fall: d) A hat 2000 aus Darlehen und B 1000 aus Spiel zu fordern. B erkennt einen Saldo von 1000 an. Hier kann A, der einmal die Spielforderung des Gegners von seiner eigenen vorwurfsfreien Forderung abgezogen hat, nicht darauf zurückkommen, daß er die Spielforderung nicht hätte zu bezahlen brauchen. — Das gewonnene Ergebnis befriedigt jedenfalls mehr als die im Kontokurrentrecht durch RG. 56 Nr. 5 zum Sieg gebrachte Meinung, daß die Saldoforderung in dem Verhältnis, in dem die einwandfreien Forderungen des Gläubigers zu den unwirksamen stehen, für gültig zu er-

Um nun zu den Resultaten, die im bisherigen dargelegt sind, zu gelangen, bedarf es unter keinen Umständen der Anwendung des Kondiktionenrechts. Höchstens ließe sich davon reden, daß dieselben Rechtsgedanken zur Anwendung kommen, die auch in gewissen Sätzen des Bereicherungsrechts Ausdruck gefunden haben. Die Aufnahme schlechthin mißbilligter Forderungen in ein Abrechnungsresultat ist ihrerseits ausgeschlossen und muß das Abrechnungsgeschäft insoweit nichtig machen. Das formlose Abrechnungsanerkenntnis wird man nur insoweit für gültig erklären können, als es auf vollkommen einwandfreien vorausgegangenen Abrechnungsakten beruht. Die Abmachung, daß eine rechtlich mißbilligte Forderung mit eingestellt werden und damit indirekt erzwingbar gemacht werden soll, ist aber nicht einwandfrei. Bei Spiel- und ähnlichen Forderungen ist davon auszugehen, daß sie, so lange nicht Erfüllung oder Erfüllungssurrogate eingegriffen haben, ebenfalls als mißbilligte Forderungen zu behandeln sind. Als Erfüllung oder Erfüllungssurrogat kann die Saldoziehung nicht gelten. Diese letztere Erkenntnis ist auch maßgebend für die Einstellung bewußter indebita in die Abrechnung, durch die sich eine einseitige Schenkung vollziehen würde, sowie für die Behandlung der auf unsittlichem Geschäft beruhenden Forderungen, bei denen auch eine Unsittlichkeit des Anerkennenden mitgewirkt hat[287]). Auch hier handelt es sich um teilweise Ungültigkeit des Abrechnungsgeschäfts und Abrechnungsanerkenntnisses.

Hält man die dargelegte Auffassung für richtig, so

---

klären sei. Die Aufdeckung der fehlerhaften formal-konstruktiven Grundlagen dieser Meinung würde zu weit führen.

287) Hier wäre an sich ja auch eine andere Regulierung denkbar, daß nämlich die Rechtsordnung sich auf den Standpunkt stellte, der Anerkennende dürfe sich nicht seinerseits auf eine eigene Unsittlichkeit berufen. Allein die Interessenabwägung, von der das Gesetz bei Normierung des Kondiktionenrechts in § 817 ausging ist eine andere und das ist auch für unsern Fall entscheidend.

ergibt sich auch in allen diesen Fällen von selbst, daß man den Kläger abweist, wenn sich ausnahmsweise aus seinem Vortrag einer der angeführten Tatbestände ergibt.

Während nun, wie wir gesehen haben, beim gewöhnlichen Abrechnungsgeschäft das auf Grund der Abrechnung erfolgte Anerkenntnis oder Versprechen inhaltlich abhängig bleibt von der Richtigkeit der auf der Aktivseite eingestellten Posten und die Selbständigkeit der also erzeugten Forderung nur darin beruht, daß Kläger zur Begründung derselben nicht auf die Einzelposten zurückzugreifen braucht, kann es auch sein, daß in Bez. auf das Endresultat oder in Bez. auf einzelne Posten eine bindende Feststellung erfolgt. In Bez. auf die Einzelposten werden insbesondere auch vergleichsmäßige Feststellungen nicht selten sein, sei es, daß zwei bestrittene Forderungen gegenseitig zugestanden werden, sei es, daß bei einer Einzelforderung eine vergleichsmäßige Festsetzung der Höhe erfolgt. Daß ein solches Feststellungsgeschäft vorliege und wie weit die Feststellung reiche, wird der Kläger darzutun haben, sobald der Beklagte das Abrechnungsresultat unter dem Vorgeben angreift, daß einzelne Posten irrtümlich eingestellt oder nicht einwandsfrei seien. Diese Beweislastverteilung folgt im Fall behaupteter Feststellung eines Einzelpostens schon daraus, daß hier eine zweite selbständige Schuldverpflichtung geltend gemacht wird, im Fall behaupteter Feststellung des Abrechnungsresultats daraus, daß der Abrechnungsvorgang als solcher, auf den der Gläubiger zunächst bei seiner Klagbegründung Bezug nahm, einen Ausschluß der Bestreitung nicht involviert[288]). Ist ein solches Feststellungsgeschäft dargetan, so taucht wiederum die Frage auf, ob dasselbe gültig sei, ob nicht speziell eine gegen die ursprüngliche Forderung gerichtete Reprobation auch

288) Dies ist anders beim Schuldschein des § 780 oder 781, der von Haus aus den verschiedenartigsten Zwecken zu dienen bestimmt ist.

das Feststellungsgeschäft nichtig macht [289]). Diese weiteren, meistens in der Vergleichslehre erörterten für die vergleichsähnlichen Feststellungen aber ebenso zu entscheidenden Fragen können an dieser Stelle keine Erörterung finden.

b) Die übrigen Fälle:

§ 9. Die Klagbegründung.

In keinem der übrig bleibenden Fälle ist die Klagbegründung in der bisher geschilderten Weise von der Darlegung weiterer Vorgänge, insbesondere des gültigen Zustandekommens eines kausalen Abwicklungsgeschäfts abhängig. So vor allem nicht bei den schriftlichen Versprechen und Anerkenntnissen. Auch wenn man sich denkt, daß in einem Schuldschein auf einen (möglicherweise sogar in extenso dargelegten) Vergleich Bezug genommen ist, so braucht der Tatbestand des Vergleichsabschlusses nicht zur Klagbegründung herangezogen zu werden. Das schriftliche Versprechen ist als solches imstande, die Grundlage für einen klageweise geltend zu machenden Anspruch abzugeben. Ja es schlägt selbst der Beweis, daß der in Bezug genommene Vergleich nicht stattgefunden habe oder nicht gültig zustande gekommen sei, noch nicht durch gegen die Klage. Denn es ist ja möglich, daß durch Vorschützen des Vergleichs ein anderes Kausalverhältnis verdeckt werden sollte, das in Wahrheit als Grundlage für die selbständige Obligierung dient. Ein Schuldschein des Inhalts: „Ich schulde aus einem heute über einen Pferdekauf vom 21. April abgeschlossenen Vergleich dem Herrn X noch 500 Mk. und verspreche dieselben am 1. Oktober nebst 4 % Zinsen von heute ab pünktlich zu bezahlen. Tübingen, den 15. Juli 1905. Y." genügt vollauf zur Klagbegründung, sowohl im ordentlichen wie im Urkundenprozeß.

Erforderlich zu einer solchen ist immer die Bezugnahme

---

289) S. darüber oben zu N. 153.

auf einen formgerechten Vertragsschluß. Darin liegt zweierlei. Einmal muß die Erfüllung der oben geschilderten Formvorschriften, des andern aber das Vorhandensein eines entsprechenden Parteiwillens dargetan werden. Grundsätzlich stellt das Gesetz darauf ab, daß der Parteiwille auf selbständige Begründung einer Verpflichtung oder auf vertragsmäßige Anerkennung gehe. Nach dem oben in § 3 Ausgeführten muß nun aber dieser Parteiwille aus den Verkehrszwecken, welche die Parteien verfolgen, entnommen werden. Diese Verkehrszwecke ihrerseits aber ergeben sich oft aus den Umständen, so namentlich der Klagerleichterungszweck, der allein schon genügt, um eine Klagbegründung auf den Schein zu rechtfertigen.

Bei allen isolierten Scheinen die entweder vollständige cautiones indiscretae sind, oder den Grundobligationstatbestand, wie es auch im vorgenannten Beispiel der Fall, ohne Darlegung der einzelnen Abmachungen angeben, wird ohne weiteres auf einen Vertrag im Sinn der §§ 780 und 781 zu schließen sein. Denn sobald die im Schuldschein angeführten Tatsachen nach herrschenden Substantiierungsgrundsätzen nicht zu der bei der Ausstellung von Urkunden an den Gegner grundsätzlich beabsichtigten Begründung der Klage führen, ist der Schein im Sinn des Gesetzes im Zweifel als selbständiges Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis zu deuten. Man hat davon auszugehen, daß die Parteien das ihrer empirischen Absicht möglichst adäquate Mittel zugrund gelegt wissen wollen. Dieses Resultat wird sich festhalten lassen, obwohl die 2. Kommission die Formulierung einer praesumptio juris zu gunsten der cautiones indiscretae ausdrücklich abgelehnt hat. Hätte man eine Präsumption nur für die eigentliche cautio indiscreta aufgestellt, so wäre die Gefahr eines argumentum a contrario nahe gelegen und ein solches hätte allerdings sehr nachteilig wirken können. Jenem in Auslegungsprinzipien begründeten Schluß auf den Klagerleichterungsvertrag sollte in keiner Weise

entgegengetreten werden [290]). Die Vermutung zu gunsten des selbständigen Schuldversprechens kann in verschiedener Weise widerlegt werden. Es kann z. B. ausdrücklich gesagt worden sein, daß derselbe nur zu Beweiszwecken ausgestellt werde. Es kann sich ferner ergeben, daß gewisse nähere Angaben, die zur vollständigen Klarlegung des Kausalverhältnisses geführt haben würden, nur aus Versehen weggelassen worden sind. In beiden Fällen wird der Gläubiger zu einer weiteren Klagsubstantiierung hinsichtlich des Grundgeschäftstatbestands gedrängt.

Zweifel, ob nicht ein bloßer Beweisschuldschein vorliegt, werden entstehen, wenn eine als einseitiges Versprechen oder Anerkenntnis gefaßte Urkunde eine vollständige Darlegung der einzelnen Verabredungen des Grundgeschäfts enthält. So z. B., wenn bei der Bezugnahme auf einen Vergleich die sämtlichen Einzelverabredungen desselben aufgeführt sind. Allein auch in diesen Fällen macht nach dem oben im Text zu N. 72, 73 und 74 Ausgeführten die Klagbegründung keine Schwierigkeiten. Es ist hier von der Möglichkeit einer alternativen (oder, sofern man die Bezugnahme auf das selbständige Schuldversprechen in zweite Linie stellen will, eventuellen) Klagbegründung auszugehen. Der Kläger braucht nicht von vornherein darzulegen, ob er seinen Anspruch auf den in der Urkunde angezogenen Grundobligationstatbestand oder auf ein in derselben enthaltenes selbständiges Versprechen gründet. Das letztere ist anzunehmen, sobald aus den weiteren Verhandlungen sich ergibt, daß die Urkunde in bewußtem Gegensatz zu dem in Bezug genommenen Grundgeschäftstatbestand unterzeichnet wurde, sei es nun, daß der letztere überhaupt nur vorgeschützt war, sei es, daß ihm gegenüber eine Abänderung durch nachträgliche Vereinbarung getroffen werden sollte. Eine Verteidigung

---

290) S. Prot. II S. 500. 506. Für eine praesumptio facti zu gunsten der cautio indiscreta spricht sich Klingmüller a. a. O. § 14 aus.

des Schuldners durch die Behauptung, der in der Urkunde erwähnte Kaufvorgang habe nicht stattgefunden, oder der Kaufpreis sei nicht 260 Mk., wie die Urkunde besage, sondern nur 250 Mk. gewesen, wäre daher belanglos. Durch sie würde nur klargestellt, daß ein Versprechen oder Anerkenntnis gemäß § 780 oder 781 vorliege. Denn sofort würde sich bei diesem Verteidigungsversuch die Frage erheben, wie kamst du Schuldner, wenn die Urkunde bloßes Beweismittel sein sollte, dazu, sie so wie geschehen auszustellen? Würde dagegen erhellen, daß eine nicht konsentierte, z. B. auf nicht genügender Durchsicht der Urkunde von seiten des Schuldners beruhende Abweichung von dem Inhalt der stattgehabten Verabredungen vorliegt, so wäre allerdings der geltend gemachte Anspruch widerlegt. Auch dann würde sich die Feststellung, ob Beweisschuldschein oder selbständiger Schuldvertrag vorliegt, noch vielfach erübrigen. Denn war die Absicht der Parteien auf einen Beweisschuldschein gerichtet, so ist jetzt der bezeugte Grundgeschäftstatbestand widerlegt, ging sie auf ein selbständiges Schuldversprechen oder Anerkenntnis, so ergibt sich, daß über den Inhalt des Versprechens kein Konsens bestand, oder dieser Konsens durch Anfechtung beseitigt ist oder daß wenigstens gegen den Anspruch aus dem selbständigen Schuldversprechen eine Einrede aus 821 begründet erscheint[291]). Tatsächlich allerdings wird sich die Verteidigung des Schuldners oft dahin richten, daß ein Beweisschuldschein vorliege und dieser falsch sei. Für die Beweisqualität spricht an sich, sobald der Irrtum dargelegt ist, die Regel des Lebens. Unter Umständen mag dies für den

291) Die Anfechtbarkeit gemäß § 119 macht Schwierigkeiten einmal wegen des Erfordernisses unverzüglicher Anfechtung (121), ferner in den Fällen, in denen der Tatbestand nur aus dem klägerischen Vortrag erhellt. In beiden Fällen hilft der Gesichtspunkt des § 821, der ja nach dem oben in § 5 Ausgeführten zur Abweisung auch ohne ausdrückliche Einrede des Bekl. führt. (S. dazu auch Hellwig im Recht, 9. Jahrg. (1905) S. 190 und den von ihm mitgeteilten Fall.)

Schuldner der kürzere Weg sein, um zum Ziele zu gelangen.

Trägt man aus prozessualen Gründen Bedenken[292]), solche alternativen oder eventuellen Klagbegründungskumulationen, wie sie im bisherigen vorausgesetzt wurden, zuzulassen, so bleibt noch ein anderes Mittel zur Verfügung. Man kann annehmen, daß beim vollständig diskreten Schuldschein die Klagbegründung zunächst lediglich auf den Grundgeschäftstatbestand abstelle. Alsdann muß man aber, wenn die weitere Verhandlung ergibt, daß der Schuldschein nur als selbständiges Versprechen oder Anerkenntnis aufgefaßt werden kann, die Klagänderungseinrede ausschließen.

Wer sich weder zum einen noch zum andern verstehen will, der drückt die Bedeutung der an sich doch zu begünstigenden cautiones discretae bedeutend herab und drängt den Verkehr dadurch auf die unbestimmter gefaßten Schuldscheine hin. Der diskrete Schuldschein wird ein Instrument von sehr zweifelhafter Brauchbarkeit, wenn der Gläubiger riskieren muß, sich in den prozessualen Netzen der Eventualkumulation oder der Klagänderung zu fangen. Man bedenke doch, daß es zahlreiche Fälle gibt, in denen dem Gläubiger schlechterdings nicht zugemutet werden kann, die Qualität seines Schuldscheins richtig zu erfassen, und man bedenke den allen Schuldscheinen gemeinsamen Zweck, dem Gläubiger die Durchführung seines Anspruchs möglichst zu erleichtern.

Handelt es sich nicht um für sich ausgestellte Urkunden, sondern um den Inhalt von Briefen oder Postkarten, in denen neben anderem Inhalt auch ein Schuldbekenntnis ausgesprochen ist, so hängt alles von den näheren Umständen ab. Der Nachweis, daß bei der Uebersendung des Briefs die Absicht bestanden habe, dem Empfänger die Möglichkeit selbständiger Klagbegründung zu verschaffen, wird hier grundsätzlich verlangt werden müssen. Er kann sich aus der Fas-

---

292) Auf diese Bedenken ist schon oben bei N. 72. 73. 74 hingewiesen worden.

sung, insbesondere daraus ergeben, daß die Worte, die in besonders ausgestellten Schuldscheinen gebraucht zu werden pflegen, sich wiederfinden.

Gerade bei diesen brieflichen Mitteilungen wird es ferner häufiger vorkommen, daß der Nachweis des Verpflichtungswillens durch Darlegung eines Feststellungszwecks oder des Zwecks unvollkommene Verbindlichkeiten klagbar zu machen oder auch eines Schuldabänderungszwecks erfolgen muß. Bei der Ausstellung förmlicher Urkunden wird, da hier meistens zunächst der Klagerleichterungszweck erhellen dürfte, was zur Klagbegründung genügt, diese Darlegung, auch wo sie erfolgen könnte, nicht von Nöten sein. Dort wird sie meistens erst gegenüber von Versuchen, das Schriftstück durch Nachweis des Fehlens der in Bezug genommenen Grundobligation anzugreifen, einsetzen [293].

Was den Zweck anlangt, materiell abstrakte Forderungen zu schaffen, so wird er regelmäßig durch besonders ausgestellte Urkunden verwirklicht werden. Nur ausnahmsweise wird man sich dazu der brieflichen Mitteilung bedienen. Dieselbe ist namentlich unbrauchbar, wenn man an Weiterbegebung des Forderungsrechts denkt. Dabei wird sich vielfach von vornherein aus der Fassung der Urkunde oder allenfalls des Briefs ergeben, daß ein reines Delegationsversprechen gemeint war. Zur Klagbegründung ist aber zunächst nur notwendig, daß die Selbständigkeit des Versprechens im Sinn des Klagerleichterungsvertrags erhellt. Zur Geltendmachung der materiellen Abstraktheit ist es immer noch Zeit, wenn das Versprechen unter Bemängelung des Deckungsverhältnisses angegriffen wird [294].

Bei den mündlichen Schuldverträgen des § 350 HGB.

---

293) Möglich ist ja freilich, daß der Feststellungszweck ohne weiteres aus der Fassung der Urkunde sich ergibt.

294) Ueber die Verteilung der Beweislast in diesem Fall wird unten im § 13 zu handeln sein.

verursacht der Nachweis des Verpflichtungswillens größere Schwierigkeiten. Derselbe wird hier verhältnismäßig am leichtesten erfolgen können, wenn eine Feststellungs- oder Klagbarmachungsabsicht vorlag oder die Delegationssituation dargetan werden kann. Ganz auszuschließen werden übrigens die Fälle nicht sein, in denen zum Zweck der Klagerleichterung mündliche Versprechen abgegeben werden. So ist es wenigstens denkbar, daß ein Kaufmann in Gegenwart von Zeugen einem Gläubiger, der keinen Schuldschein hat und in Sorge um sein Geld Vorstellungen macht, erklärt: „Seien Sie unbesorgt, Sie sollen am 1. Juli Ihr Geld haben. Ich verspreche Ihnen hiermit in Gegenwart des Herrn X und Y, an diesem Tag 1000 Mk. bar an Sie auszuzahlen. Sie können sich jederzeit auf das, was ich Ihnen hier gesagt habe, berufen". In solchem Fall dürfte eine Klagbegründung auf den geschilderten durch Zeugen beweisbaren Vorgang hin wohl möglich sein. Denkbar ist auch, daß bei einer solchen Zusicherung noch genauere Angaben über das zugrunde liegende Kausalverhältnis gemacht werden.

Selbstverständlich sind in allen den bisher genannten Fällen weitere Darlegungen zum Zweck der Klagbegründung erforderlich, sobald das Versprechen oder Anerkenntnis von einer Bedingung, sei es einer echten oder unechten, abhängig gemacht war. Der Eintritt der Bedingung ist hier vom Kläger zu behaupten und eventuell zu beweisen, sobald die Einfügung der Bedingung feststeht. Die letztere kann aus dem Schuldschein erhellen, oder auch aus den Parteiverhandlungen sich in anderer Weise ergeben.

Außerdem kann durch die Angabe eines bestimmten Kausalverhältnisses im Schuldschein für den Gläubiger die Notwendigkeit weiterer Darlegungen zum Zweck der Klagbegründung entstehen. Dabei ist sowohl an den Fall zu denken, daß das benannte Kausalverhältnis von Haus aus zugrunde lag, als an den Fall, daß es fingiert bezw.

behufs Einführung bestimmter Modalitäten gewillkürt wird. Besonders häufig kommt es ja vor, daß gleichzeitig mit dem selbständigen Schuldversprechen die Konstituierung einer Darlehenskausa gemäß § 607 Abs. 2 verabredet wird. Gerade diese letztere, die Darlehenskausa, bildet ein schlagendes Beispiel für die Notwendigkeit weiterer Klagsubstantiierung von seiten des Klägers. Derselbe wird hier die rechtzeitige Kündigung nach § 609 darzutun haben, wenn er nicht eine Abweisung auf Zeit gewärtigen will. Nur wenn seit der Klagerhebung die Kündigungsfrist abgelaufen ist oder etwa sich ergibt, daß trotz Benennung der Darlehenskausa doch keine Absicht der Parteien, das Kündigungsrecht zur Anwendung zu bringen, angenommen werden darf, wird er ohne solchen Nachweis durchdringen.

Darüber, daß die Parteien die Möglichkeit haben, bei Kreierung einer selbständigen Verpflichtung gewisse Modalitäten der Grundobligation auf jene zu übertragen oder auch gewisse Modalitäten willkürlich neu zu bestimmen, kann wohl kaum ein Zweifel bestehen. Das ergibt sich einerseits aus der Möglichkeit, die selbständigen Schuldversprechen beliebig zu verklausulieren (s. o. § 2), andererseits aus der Herrschaft des Parteiwillens über solche Modalitäten wie Kündigung, Verzinsung u. dergl.[295]). Für die Darlehensgrundsätze insbesondere kann nach § 607 Abs. 2 kein Zweifel bestehen. Es kann also nur die Frage sich erheben, unter welchen Voraussetzungen auf eine derartige Parteiabsicht zu schließen ist, ob dieselbe sich schon aus der Benennung des Kausalverhältnisses im Schuldschein ergibt. Das ist eine von der Art und Weise der Bezugnahme abhängige quaestio facti. Lag z. B. von Haus aus keine Darlehenskausa vor, und es ist deshalb aus der Angabe einer solchen im Schuld-

295) Die Bedenken, die hinsichtlich der Verjährungsgrundsätze entstehen, sind, da es sich hier nicht um die Klagbegründung handelt, an anderer Stelle zu erörtern.

schein auf einen Fall des § 607 Abs. 2 zu schließen, so dürfte die Anwendung der Kündigungsgrundsätze als im Sinn der Parteien liegend anzusehen sein[296]). Hatte dagegen ursprünglich ein Darlehensgeschäft mit bestimmten Verabredungen stattgefunden und es wird nur irgendwo im Kontext der Urkunde darauf hingewiesen, so versteht sich nicht von selbst, daß jene näheren Modalitäten, z. B. abweichende Vereinbarungen über die Kündigung, übertragen werden sollten. Wäre z. B. gesagt, daß gegen diesen Schein die ursprüngliche Darlehenssumme gezahlt werden solle, so wäre zu schließen, daß von nun ab jederzeitige Präsentation möglich sein solle[297]). — Ist eine Schuld bei einem Anerkenntnis ausdrücklich als Zinsschuld bezeichnet, so wird der Gläubiger keine Verzugszinsen verlangen können, außer wenn erhellt, daß diese Ausdrucksweise eine zufällige war und die Parteien eine Neukreditierung der rückständigen Zinssumme beabsichtigten[298]). Dagegen wird umgekehrt aus der abstrakten Fassung des auf einer Zinsschuld basierenden Schuldversprechens oder gar aus der Bezeichnung der Schuld als Kauf- oder Darlehensschuld sich die Absicht der Kapitalisierung und mithin die Verzinslichkeit ergeben.

§ 10. Die Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners.

Ist die Klage nach dem bisher Ausgeführten richtig

296) Sonderbarerweise ist in den Protokollen II, 506 zu lesen, daß für den häufigsten Fall des Darlehensbekenntnisses keine besonderen Bestimmungen, die übernommen werden könnten, in Betracht kommen. Sollten hier die Kündigungsgrundsätze einfach übersehen sein? Ihre Nichtübertragbarkeit auf den Fall selbständiger Versprechen wäre doch wohl irgendwie zu rechtfertigen gewesen.

297) Man denke an einen Schuldschein ff. Inhalts: „Ich anerkenne hiemit vom Vater des Herrn X ein Darlehen von 1000 erhalten zu haben und verpflichte mich hiemit, die Summe von 1000 Mk. gegen diesen Schein zurückzuzahlen."

298) Eine solche wird z. B. bei Angabe eines späteren Zahlungstermins anzunehmen sein.

substantiiert, so fragt sich, welche Verteidigungsmöglichkeiten für den Schuldner in Betracht kommen.

Keiner weiteren Erörterung bedarf, daß Mängel des abstrakten Verpflichtungsakts selbst, z. B. Unzurechnungsfähigkeit eines Kontrahenten, Irrtum, Betrug, Drohung, Simulation, ebenso wie bei jedem andern obligatorischen Vertrag, einwandweise geltend gemacht werden können. Ebenso liegt es bez. der rechtsaufhebenden Tatbestände, Zahlung, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaß. Bei diesen Aufhebungsakten muß nur festgestellt werden können, daß sie sich auf die in Frage stehende selbständige Verpflichtung bezogen haben. Hier könnte vielleicht Zweifel entstehen, wenn die abstrakte Verpflichtung in accessorischem Verhältnis zur Grundobligation stand und der Erfüllungsakt zunächst im Hinblick auf die Grundobligation sich vollzog. Allein man wird wohl unbedenklich davon ausgehen dürfen, daß bei solcher Anspruchskonkurrenz eine beiderseitige Tilgung eintritt und nicht etwa bloß gegen das abstrakte Schuldverhältnis der Kausamangel in Gestalt einer Bereicherungseinrede geltend gemacht werden kann. Wieder Schwierigkeiten anderer Art tauchen auf, wenn bei einer cautio indiscreta nicht feststeht, ob sie sich auf das durch Zahlung getilgte Kausalverhältnis bezieht. Hier kommt man zu denselben Erwägungen, wie wir sie am Ende des § 5 kennen gelernt haben. Was von den Erfüllungsakten gilt, ist auch auf den Erlaß zu übertragen. Nur ist hier zu beachten, daß er sich auch auf das abstrakte Schuldverhältnis allein ohne Antastung der Grundobligation beziehen kann. Auch in diesem Fall kann der Erlaß nach dem allgemeinen Grundsatz des § 397 formlos abgeschlossen werden.

Eine eigenartige Bewandtnis hat es mit der Einrede des Zurückbehaltungsrechts aus § 273. Abgesehen von den Fällen, in denen das selbständige Versprechen die Forderung ausdrücklich von einer Gegenleistung abhängig macht, kann

wohl von einer Konnexität anderer Forderungen mit der abstrakten Obligation keine Rede sein. Das Zurückbehaltungsrecht kann also nur auf dem Umweg über das Kausalverhältnis geltend gemacht werden, mit der Behauptung, daß das abstrakte Schuldversprechen nur den Zweck der Klagerleichterung verfolge und deshalb, so lange die Grundobligation durch Einrede gehemmt sei, ebenfalls nicht zur Durchführung gebracht werden dürfe. Dabei taucht jedoch immer noch die Frage auf, ob auf jene Einrede nicht eben durch Eingehung der abstrakten Obligation verzichtet werden sollte. Ist in dem selbständigen Versprechen die Forderung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so fragt es sich, ob das im Sinn der exceptio non adimpleti contractus gemeint ist oder ob auch ohne Einrede des Schuldners das Forderungsrecht auf Zug- um Zugleistung gestellt werden sollte. Im Zweifel wird wohl Anschluß an das Recht der synallagmatischen Verträge dem Parteiwillen am besten entsprechen.

Schon die letzten Betrachtungen haben uns auf eine Verteidigung geführt, die dem Rechtsinstitut der selbständigen Schuldversprechen und Anerkenntnisse eigentümlich ist [299]), nämlich zu der Verteidigung auf Grund des Kausalverhältnisses. Es ist nunmehr grundsätzlich die Frage zu stellen, in welchem Umfang und in welcher Art und Weise sich der Schuldner durch Bezugnahme auf das Kausalverhältnis, die Grundobligation, verteidigen kann.

Zunächst springt in die Augen, daß, soweit eine neue Kausalberedung vor oder bei dem Abschluß des Schuldvertrags stattgefunden hat, die Bezugnahme auf das ursprüngliche Verpflichtungsverhältnis ausgeschlossen oder mo-

---

299) Von den „besonderen Einwendungen des Schuldners" handelt unter Beschränkung auf das Schuldanerkenntnis die Dissertation von Rittweger, Leipzig 1904. Dieselbe ist wissenschaftlich wertlos und wird deshalb hier nicht weiter berücksichtigt.

difiziert wird. Solche neue Kausalberedungen sind: jede Feststellung, jede Schuldumwandlung und jeder Einrede- oder sonstige Rechtsverzicht. So verhindert die Vergleichs- oder Feststellungskausa innerhalb der getroffenen Fixierung das Zurückgehen auf das festgestellte Schuldverhältnis. So kann, wenn bei dem selbständigen Schuldversprechen eine Verzinsung oder ein neuer Erfüllungsort bestimmt wurde, nicht mehr die ursprüngliche Unverzinslichkeit oder der ursprüngliche Erfüllungsort geltend gemacht werden. So darf man sich auf Einreden oder Wahlmöglichkeiten, auf die wirksam verzichtet ist, nicht mehr berufen. Bei der Abrechnung findet, wie wir sahen, regelmäßig ein Abstandnehmen von den ursprünglichen Schuldverhältnissen nur in dem Sinn statt, daß die isolierte Geltendmachung derselben ausgeschlossen ist. Dagegen kann das Abrechnungsresultat nach dem wahren Stand der Rechnung korrigiert und insofern auf die Abrechnungsposten Bezug genommen werden.

Wohl aber ist es möglich, die durch die Kausalberedung neu geschaffene oder abgeänderte Grundobligation gegenüber der selbständigen Schuldverpflichtung zur Geltung zu bringen. Es kann z. B. geltend gemacht werden, daß die neue Kausalberedung nicht imstand gewesen sei, die von Haus aus fehlende Grundobligation zu ersetzen. Es kann die Verteidigung aber auch darauf gegründet werden, daß die neue Kausalberedung, der Vergleich oder das Feststellungsgeschäft ungültig, z. B. auf Grund von § 779 unwirksam, sei und deshalb keine Grundlage für das Schuldversprechen oder Anerkenntnis abzugeben vermöge.

Liegt ein delegationsmäßiges Versprechen einem Dritten gegenüber vor, so ist in gleicher Weise die Anfechtung wegen Mangels im Deckungs- oder Valutenverhältnis abgeschnitten. Auch nach der Begriffsbildung des BGB., welches das reine Delegationsversprechen immer als selbständiges Versprechen faßt, auch wenn der Zahlungsaustauschzweck

im Versprechen deklariert ist, und deshalb ein für allemal die Formvorschrift der §§ 780 und 781 zur Anwendung bringt, ist davon auszugehen, daß dem abstrakten Geschäft eine neue Kausalberedung, nämlich eben die Zahlungsaustauschverabredung zugrund liege. Die wichtige Frage, unter welchen Voraussetzungen ein solches Delegationsversprechen vom Schuldner angegriffen werden kann, fällt daher mit der andern zusammen, wann das zugrund liegende Zahlungsaustauschgeschäft als unwirksam anzusehen sei. Inwieweit vom Delegaten solche Einwendungen aus dem fehlgegangenen Zahlungsaustauschgeschäft gegen den Delegatar erhoben werden können, wird gewöhnlich im Hinblick auf das formalisierte Anweisungsrecht in Interpretation des § 784 Abs. 1 erörtert. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß dieselben Grundsätze auch für unser Delegationsversprechen nach § 780 und 781 zur Anwendung kommen müssen. So sind dann die us. Es. durchaus zutreffenden Untersuchungen von v. Tuhr in Jhs. Jahrb. Bd. 48 S. 50—62 unmittelbar auch für unsern Fall verwertbar. Es ist davon auszugehen, daß sowohl bei beiderseitigem indebitum, (das auch bei zugrund liegender Spielkausa anzunehmen ist), als bei Zusammentreffen von indebitum im Deckungs-, unentgeltlicher Zuwendung im Valutenverhältnis der Delegat nicht zur Zahlung gezwungen werden darf [300]).

---

300) Der Fall, daß indebitum im Valuten-, Schenkung im Deckungsverhältnis vorliegt, wird von v. Tuhr nicht behandelt. Hier dürfte sich zunächst die Frage erheben, ob der Delegat an seinen Schenkungswillen gebunden ist. Dieselbe wird nach den Ausführungen v. Tuhrs zu verneinen sein, sobald dem Deleganten gegenüber kein Schenkungsversprechen in gerichtlicher oder notarieller Form abgegeben war. Die Eingehung einer Schuld dem Delegatar gegenüber wird nicht als Vollzug der Schenkung an den Deleganten gelten können. Vielmehr ist, wie in dem von v. Tuhr behandelten Fall des Spiels, dem Deleganten gegenüber erst eine Belastung mit einer Verbindlichkeit vorhanden, die wegen der Schenkungsformvorschrift als ungültig zu behandeln ist. Des-

Unbeschränkt muß die Bezugnahme auf die Grundobligation oder das Kausalverhältnis zulässig sein, soweit es sich bei dem selbständigen Versprechen oder Anerkenntnis nur um den Klagerleichterungszweck handelt. Hier soll ja niemals ein Erfüllungszwang für den Fall der Nichtschuld oder in weiterem Umfang, als es sich aus dem Grundverhältnis ergibt, erzeugt, sondern nur „das wahre Recht in bequemster und raschester Weise" zur Geltung gebracht werden.

Nun aber fragt es sich, in welcher Weise gegenüber der Klage aus einem selbständigen Schuldversprechen Einwendungen auf das zugrund liegende Kausalverhältnis gegründet werden können.

Da gibt es denn zweifellos eine Reihe von Fällen, in denen wegen bestimmter Beschaffenheit des Kausalverhältnisses die Nichtigkeit des abstrakten Versprechens behauptet werden kann. Unbestrittene Fälle dieser Art sind einmal der Fall des zugrund liegenden Schenkungsversprechens, wenn die gerichtliche oder notarielle Form nicht eingehalten ist, ferner die Fälle der Spiel-, Wett-, Differenz-, Ehemakellohn- und Börsenterminsgeschäftsschuld (gemäß § 66 des Börsengesetzes). Bestritten ist bekanntlich, ob alle oder doch einige Fälle der turpis oder injusta causa in gleicher Weise zur Nichtigkeit der abstrakten Obligation führen[301]).

Zu denken ist dabei in erster Linie an die Fälle des Klagerleichterungsvertrags. Allein auch wenn ein auf eine ursprüngliche reprobierte Kausa gegründeter Vergleich oder ein Feststellungsvertrag aus diesem Grund nichtig ist, wird das wiederum auf den Vergleich oder Feststellungsvertrag gegrün-

---

halb ist die Entscheidung in gleicher Weise wie beim Vorhandensein zweier indebita zu fällen. — Ist dagegen der Delegat an sein Schenkungsversprechen dem Deleganten gegenüber gebunden, so kann er trotz des indebitum im Valutenverhältnis keine Einwendung gegen die Klage des Delegatars erheben. Die Frage des indebitum ist in diesem Fall zwischen Delegant und Delegatar abzuhandeln.

301) Ueber diese Streitfrage s. u. § 12.

dete Schuldversprechen ebenfalls nichtig sein. Bei den Delegationsversprechen wären solche Nichtigkeiten wegen Reprobation der causa ebenfalls denkbar, sobald letztere auf beiden Seiten eingreift. Wenn z. B. A, der von B im Spiel 1000 Mk. gewonnen hat, diesen anweist, seinen eigenen Spielverlust an C in gleichem Betrag zu decken, so könnte man daran denken, das auf Grund doppelter Spielkausa erfolgende Versprechen des B an C nichtig sein zu lassen. Richtiger ist es jedoch wohl, auch nach dem Wortlaut des § 762 Abs. 2 („dem Gewinnenden gegenüber"), anzunehmen, daß im Sinn des Gesetzes hier mit dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung operiert werden soll.

Wo eine solche Einwirkung der Kausareprobation auf das abstrakte Versprechen anerkannt ist, da hat man es mit Tatbeständen zu tun, die, soweit sie nicht unmittelbar aus dem Klagvortrag erhellen, vom Beklagten darzulegen und zu beweisen sind. Man kann deshalb das Vorliegen einer Spiel- 2c. Kausa dem diese causa nicht deklarierenden[302]), das Vorhandensein der Schenkungskausa einem nicht gerichtlich oder notariell gemachten und die causa nicht deklarierenden selbständigen Schuldversprechen gegenüber als rechtsausschließende Tatsache bezeichnen.

Dieser ganze Begriff ist in der letzten Zeit energisch angegriffen worden, von F. Leonhard in seinem Buch über die Beweislast. Der neueste Bearbeiter der Beweislastlehre Brodmann[303]) geht wenigstens, wenn ich ihn recht verstehe, davon aus, daß abgesehen von bestimmten positivrechtlichen Vorschriften keine Möglichkeit der Abgrenzung einer Gruppe solcher Tatbestände gegeben sei. Jedenfalls sei es bis jetzt nicht gelungen, eine solche aus prinzipiellen Gesichtspunkten vorzunehmen.

---

302) Es kann indiskrete Fassung oder Vorschützen einer andern Causa gegeben sein.

303) Archiv f. civ. Praxis Bd. 98 S. 66 ff., insbesondere 142 ff.

Es ist der Natur der Sache nach gänzlich ausgeschlossen, hier auf die Beweislastlehre, insbesondere auf die Abgrenzung der sog. rechtsausschließenden Tatbestände in extenso einzutreten. Es muß genügen, das eine festzustellen, daß Leonhard die Widerlegung des Beweislastverteilungsprinzips, an dem außer ihm alle festhalten, mit nichten gelungen ist. Daß die Rechtsordnung, sei es in dem Gedanken, bestimmte aus der Lebenserfahrung entnommene Regeln (die auch Leonhard innerhalb der „Beweisführung" anerkennt) zu fixieren, sei aus andern legislativpolitischen Gründen dazu gelangen kann und tatsächlich dazu gelangt, Beweisverteilungsregeln aufzustellen, sollte nicht bestritten werden, wenn man auch über einzelne solche Regeln, z. B. hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit, de lege lata und de lege ferenda zweifeln mag. Wo sie die Regel in der Weise aufstellt, daß bei Feststehen eines bestimmten Sachverhalts eine bestimmte Rechtswirkung eintreten soll, außer wenn zugleich ein weiterer (positiver oder negativer) Tatbestand erhellt, da ist man berechtigt anzunehmen, daß der zweite Tatbestand als rechtsausschließende Tatsache behandelt, d. h. zum Gegenbeweis verstellt werden soll.

So liegt es in dem zur Untersuchung stehenden Fall, in dem die angegebene Beweisverteilung aus dem Zweck und aus der Geschichte der selbständigen Schuldverträge erschlossen werden kann. In welcher Weise dieses Beweisverteilungsprinzip durchgeführt wird, und wie der Erfolg durch Beweiswürdigungsmomente modifiziert werden kann, wird weiter unten, in § 13, zu erörtern sein[304]).

304) Auch Leonhard gelangt im Effekt zu einer derartigen Regelung des Beweises. Nur will er statt auf den Sinn der Bestimmungen über selbständige Schuldverträge zu rekurrieren, darauf abstellen, daß der Schuldner durch das außergerichtliche Geständnis einen Beweis gegen sich erbracht habe, den er erst entkräften müsse. Damit wäre die ganze Frage in die freie Beweiswürdigung des Richters gestellt, während aus der ganzen Geschichte der Gesetzgebung sich ergibt, daß eine feste Fixierung eintreten sollte.

In allen übrig bleibenden Fällen erfolgt die verteidigungsweise Bezugnahme auf die Grundobligation, mindestens normalerweise, durch die sog. Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung. Daß man bei Abfassung des BGB. im Schoße der Kommission die Absicht hatte, die Anfechtung aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung als das Generalmittel zu statuieren, und daß schon die vorangegangene dogmengeschichtliche Entwicklung darauf hingedrängt hatte, ist schon in dem die Grundlagen behandelnden 1. Teil in § 5 nachgewiesen worden. Es ist auch wohl kaum zu bestreiten, daß die Auffassung der Gesetzgebungskommission in dem § 812 Abs. 2 einen deutlichen Ausdruck gefunden hat. So kann und soll es demnach unter den Gesichtspunkt der Geltendmachung einer ungerechtfertigten Bereicherung gebracht werden, wenn gegenüber einem Klagerleichterungsvertrag geltend gemacht wird, daß die zu sichernde Grundobligation fehle oder auf ein minus gegenüber dem abstrakten Schuldversprechen gehe, ebenso wenn gegenüber einer auf Grund eines Feststellungsgeschäfts erfolgten Anerkennung des § 781 nachgewiesen wird, daß das Feststellungsgeschäft nach § 779 unwirksam sei, oder wenn gegenüber einem reinen Delegationsversprechen die dort noch zulässigen Einreden, welche auf die Beschaffenheit der beiden Grundverhältnisse Bezug nehmen, vorgeschützt werden.

Aus dieser Bereicherungskonstruktion ergibt sich mit voller Sicherheit das Eine, daß prinzipiell der Schuldner die ungerechtfertigte Bereicherung darzulegen hat, sofern sie nicht aus dem Inhalt des Schuldscheins von selbst hervorgeht. Dazu gehört an sich, daß er die Grundobligation sowie die Hilfsgeschäftsfunktion des abstrakten Schuldvertrags aufdeckt und auf dieser Grundlage nun den Beweis erbringt, daß ein rechtfertigender Grund für die definitive Vermögensschiebung nicht vorliege. Während diese grundsätzliche Beweislastverteilung durch die vom Gesetzgeber gebrauchte Kon-

struktion in unzweideutiger Weise zum Ausdruck gebracht ist, fragt es sich nur auch hier wieder, wie die Durchführung im einzelnen sich gestaltet[305]).

Aus dem Wortlaut des § 821 könnte sodann an sich entnommen werden, daß überall, wo der Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung eingreift, eine ausdrückliche Erklärung, des Schuldners, daß er diesen Gesichtspunkt geltend mache, erforderlich sei. Es wurde jedoch schon ausgeführt (s. o. § 5), daß dieser Schluß nicht gezogen werden darf, daß vielmehr, sobald die ungerechtfertigte Bereicherung erhellt, der Kläger abzuweisen ist: damit ist freilich der wesentlichste Gegensatz zwischen Nichtigkeit wegen Kausamangels und Einredebarkeit nach dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung beseitigt, und es kann sich nur noch darum handeln, ob das Eingreifen gewisser weiterer Grundsätze des Bereicherungsrechts, etwa der §§ 813, 814, 815, 817, 822 zu praktisch bedeutsamen Unterscheidungen Anlaß gibt. Darauf ist noch zurückzukommen.

Nun erhebt sich aber die Frage, ob die verteidigungsweise Bezugnahme auf das zugrund liegende Kausalverhältnis auch noch in anderer Weise als durch die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung erfolgen kann, und das führt zu der allgemeineren Frage nach etwaigen weiteren Einwendungen und Einreden des aus dem abstrakten Schuldversprechen belangten Schuldners überhaupt.

Während die herrschende Meinung immer noch davon ausgehen dürfte, daß die Bereicherungseinrede das Hauptverteidigungsmittel des Schuldners bilde und jedenfalls die Bezugnahme auf das Kausalverhältnis durch Erhebung dieser Einrede zu erfolgen habe, sind in der neueren Literatur auch noch andere Auffassungen vertreten worden.

Von einzelnen Schriftstellern wird überhaupt kein Bezug auf das Bereicherungsrecht genommen, sondern nur aus-

305) S. auch darüber unten § 13.

geführt, daß die Parteien die abstrakte Obligation in verschiedenster Weise von dem Kausalverhältnis abhängig machen können, und daß dieses eben gerade insoweit gegen die abstrakte Obligation ins Feld geführt werden dürfe, als es der Parteivereinbarung entspreche. Andere führen neben der auf die ungerechtfertigte Bereicherung basierten Verteidigung noch andere Einwendungen und Einreden auf, die zum Teil geeignet wären, jene zu ersetzen. Das Verhältnis der anderen Verteidigungsmittel zur Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung tritt dabei nicht immer klar zu Tage.

Des Näheren ist der status causae et controversiae folgender: Zunächst meint Staub[306]), daß die Regelung der Einwendungen durch § 812 und 821 keineswegs erschöpfend sei. Es müsse doch immer auch geltend gemacht werden können, daß die Geltendmachung des formellen Rechts als Mißbrauch sich darstelle. Dabei wird speziell darauf hingewiesen, daß, wenn man bei der Einrede des § 821 stehen bleiben wollte, der Einwand gegen einen vorzeitig gegebenen Schuldschein, die Schuld sei noch nicht fällig, wegen § 813 überhaupt nicht möglich wäre.

Cosack in seinem Lehrbuch[307]) geht zwar beim Schuldanerkenntnis vom Konditionenrecht aus. Beim Schuldversprechen aber ist von dem Bereicherungsrecht nicht, jedenfalls nicht ausdrücklich die Rede[308]). Hier spricht er ganz allgemein von einer „einwandweisen Berufung auf den Rechtsgrund, die unbedingt zulässig sein solle, soweit es sich um zwingende Rechtssätze handle, im übrigen von der

306) Komm. zu § 350 HGB. Anm. 9 (S. 1087).

307) § 161, IV, 4. u. § 162, IV, 3.

308) Dasselbe kann allerdings unter den in § 162, IV, 4 genannten „allgemeinen Regeln" zu subsumieren sein. Allein wenn der Schuldner die ihm von Cosack eingeräumten anderen Verteidigungsmöglichkeiten hat, wird er kein Bedürfnis empfinden, sich auf das Bereicherungsrecht zu berufen. Dies würde von jenem Standpunkt aus meist einen überflüssigen Umweg darstellen.

Parteivereinbarung abhänge. Dazu wird noch ausdrücklich bemerkt, daß durch Berufung auf den Schuldgrund keineswegs der reine Schuldvertrag rückgängig gemacht werde, und daß eine solche Berufung keineswegs bloß zulässig sei, wenn anderenfalls der Gläubiger rechtlos bereichert würde.

In derselben Richtung bewegen sich auch die Ausführungen von Klingmüller[209]). Auch er will von einer scharfen Sonderung zwischen abstraktem Geschäft und Kausalverhältnis Abstand nehmen und zugeben, daß eine „recht innige Verbindung" zwischen beiden bestehen könne. Er ist sodann der Meinung, daß die Parteivereinbarung die Zulässigkeit der Einwendungen im wesentlichen bestimme (d. h. natürlich abgesehen von dem Eingreifen zwingenden Rechts, welches Nichtigkeit des abstrakten Vertrags wegen Mangelhaftigkeit des Rechtsgrundes vorschreiben kann). Die Verweisung auf die Grundsätze von der ungerechtfertigten Bereicherung sei nicht geeignet, Klarheit in die gegebene Rechtslage zu bringen, wenn auch zum Teil für die Einwendungen des Schuldners ähnliche Voraussetzungen vorliegen mögen wie für die condictio sine causa und ob causam datorum. Immerhin könne man zwei Arten von Einwendungen unterscheiden, durch die der Schuldner das Verhältnis zwischen abstraktem Versprechen und Kausalverhältnis aufdecke. 1) Die Einwendungen nach den Grundsätzen der condictio sine causa und 2) die Einwendungen nach den Grundsätzen der condictio ob causam datorum. Dabei dürfte wohl die Meinung sein, daß diese Einwendungen (?) statthaft seien, wenn aus den Parteivereinbarungen sich nichts Entgegengesetztes ergebe.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang noch Planck-André zu nennen, der zu § 780 Z. 2 Abs. 2 ausführt, daß es den Parteien unbenommen sei, das Verhältnis des

---

309) S. § 19, sodann § 21. S. 133. 139 ff.

abstrakten Versprechens zu seinem Rechtsgrund vertragsmäßig anders zu gestalten, als es nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts gestaltet wäre. Insbesondere könne die ausdrückliche oder stillschweigende Bedingung eingefügt werden, daß das zugrunde liegende Verhältnis in der vorausgesetzten Weise bestehe. Dabei könne bei Defizienz dieser Bedingung ipso jure-Hinfälligkeit des Geschäfts oder Rücktrittsrecht verabredet sein.

Was nun zunächst die Staub'sche Beweisführung aus dem § 813 anlangt, so erscheint dieselbe nicht als durchschlagend. Auch wenn man bei dem Bereicherungsrecht stehen bleibt, läßt sich für die Fälle, in denen ein Schutz des Schuldners angezeigt erscheint, zu dem gewünschten Resultat gelangen, daß bei Klagerleichterungsverträgen, die nur irrtümlicherweise eine vorhandene Befristung oder dilatorische Exzeption nicht berücksichtigen, der Schuldner nicht zur vorzeitigen Zahlung gezwungen werden kann. Der schon von v. Tuhr in dieser Richtung versuchte Nachweis[310]) wird später in anderem Zusammenhang zu erbringen sein. Hier nur soviel: wenn es je richtig wäre, daß das BGB. in seinem Bereicherungsrecht das vorzeitig abgegebene Schuldversprechen nicht als eine ungerechtfertigte Bereicherung betrachtet, so wäre schwer einzusehen, wie die von Staub geltend gemachten Gesichtspunkte des Rechtsmißbrauchs zum Ziele führen sollten.

Wie steht es nun aber mit diesem und den anderweit erwähnten Verteidigungsmitteln?

Von der mannigfach noch verwerteten exceptio doli generalis darf wohl füglich Abstand genommen werden, da dieser Begriff jenseits der einzelnen vom BGB. verwendeten technischen Mittel zur Durchführung „richtigen Rechts" keinen Boden hat. Wo mit dieser Exzeption bis jetzt ope-

310) A. a. O. S. 9.

riert wurde, sind es immer spezielle Sätze des BGB., insbesondere die §§ 157, 242, 226 und 826 gewesen, welche in Wahrheit zur Anwendung gebracht wurden [311]).

Ganz gewiß sind an und für sich die §§ 226 und 826 verwertbar. Die Grundsätze dieser Paragraphen können auch zur Verteidigung herangezogen werden. Wo sich ergibt, daß die Geltendmachung des formellen Gläubigerrechts nur zu dem Zweck erfolgt, um dem Schuldner einen Schaden zuzufügen, oder wo eine Schadenszufügung gegen die guten Sitten in Frage steht, darf der Klage nicht stattgegeben werden. Und zwar handelt es sich dabei unzweifelhaft nicht um Einreden im technischen Sinn, sondern um Einwendungen nach dem Sprachgebrauch des BGB. Auch wenn aus dem klägerischen Vortrag hervorgehen sollte, daß derartiges geplant ist, muß Abweisung erfolgen.

Zu beachten ist jedoch, daß die Tragweite dieser Normen keine allzu große ist. Selbstverständlich darf in dem Geltendmachen der abstrakten Obligation als solchem noch kein chikanöses oder gegen die guten Sitten schadenstiftendes Handeln erblickt werden. Der Tatbestand des § 226 würde erst vorliegen, wenn ersichtlich ist, daß Gläubiger lediglich klagt, um dem Gegner einen Schaden zuzufügen, so z. B. wenn er das Bewußtsein hat, das auf Grund des formellen Rechts Erlangte sofort wieder zurückgeben zu müssen. Damit der § 826 Anwendung finde, muß ebenfalls in irgend welcher Weise die Absicht der Schadenstiftung erhellen, und diese fehlt, sobald der Gläubiger an die selbständige Wirksamkeit des abstrakten Versprechens glaubt, also z. B. wenn er annimmt, daß trotz des ursprünglichen Kausamangels

311) Will jemand speziell den Einwand aus 826: Du willst mir gegen die guten Sitten Schaden zufügen, als exceptio doli generalis bezeichnen, so mag er das tun. Was hier bekämpft wird, ist nur die sog. exceptio doli generalis „von Gottes Gnaden“, wie sie Eck, m.E. nicht glücklich genannt hat.

eine bindende Feststellung seitens des Beklagten erfolgt sei. Vor allem aber ist folgendes zu beachten. Wo einmal der Tatbestand des § 226 oder 826 sich ergibt, sei es aus dem Klagevortrag, sei es aus dem erwiesenen Vorbringen des Beklagten, da wird immer auch derjenige der ungerechtfertigten Bereicherung klarliegen. Da der letztere ebenfalls zum Ziel führt und weniger Tatbestandsmomente enthält, wird regelmäßig für die Heranziehung der §§ 226 und 826 kein Bedürfnis bestehen. Nur wenn man für die Geltendmachung des Bereicherungsgesichtspunkts eine ausdrückliche Erklärung des Beklagten verlangen würde, hätte man Anlaß, auf sie zu rekurrieren, da bei ihnen nach allgemeiner Anschauung dieses Erfordernis entfällt.

Den § 242 BGB. auf die abstrakten Verträge zur Anwendung zu bringen, dürfte von Haus aus nicht statthaft sein. Derselbe weicht der für jene getroffenen Spezialregelung. Das vom Gesetzgeber gewählte Mittel, den Gesichtspunkt der Behandlung nach Treu und Glauben gegenüber den Obligationen aus §§ 780 und 781 zur Durchführung zu bringen, ist eben die Bereicherungsanfechtung. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob der Paragraph an sich seinem Wortlaut nach verwendbar wäre.

Aus demselben Grunde wird es unstatthaft sein, den § 157 in dem Sinn zu verwenden, daß man aus Billigkeitsgesichtspunkten irgend eine Abhängigmachung von dem Kausalverhältnis in den abstrakten Vertrag hineininterpretiert. In diesem Sinn könnte man die stillschweigenden Bedingungen Planck-André's verstehen, und auch die Ausführungen von Cosack und Klingmüller liegen möglicherweise in dieser Richtung.

Nun kann ja natürlich davon keine Rede sein, daß bei selbständigen Schuldverträgen überhaupt keine Auslegung nach Treu und Glauben Platz greifen dürfte. Wie anders als durch Auslegung nach Treu und Glauben sollte

man z. B. in einer großen Zahl von Fällen bestimmen, ob die Parteien nur einen Klagerleichterungs- oder irgend einen materiellen Feststellungsvertrag abgeschlossen haben. Ferner wird die Tragweite des dem selbständigen Schuldvertrag zugrunde liegenden Feststellungs- oder Schuldabänderungsgeschäfts sich nur auf dem Weg der bonae fidei interpretatio bestimmen, speziell die Frage, in welchem Umfang auf Einreden, Wahlrechte ꝛc. verzichtet werden sollte, sich nur auf dieser Grundlage beantworten lassen. Endlich muß die Auslegung nach Treu und Glauben unzweifelhaft Anwendung finden, sobald man es mit einem irgendwie verklausulierten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis zu tun hat, das entweder Bedingungen setzt, oder in irgend welcher Form auf ein bestehendes Schuldverhältnis Bezug nimmt. Hier ist auszulegen, ob und inwieweit das abstrakte Versprechen von dem Nachweis des hervorgehobenen Punktes abhängig gemacht werden sollte, welche Bedeutung die Benennung des Kausalverhältnisses für die Inhaltsbestimmung der abstrakten Obligation hat, u. s. w.

Davon wohl zu unterscheiden ist jedoch die Ergänzung der bei einem abstrakten Schuldvertrag ausdrücklich innerhalb der vorgeschriebenen Form getroffenen Stipulationen aus dem Gesichtspunkt des § 157. Zunächst könnte sich hier die Frage erheben, ob nicht schon der Grundsatz hindernd im Weg stehe, daß an eine Formvorschrift gebundene Verträge nicht durch formlose Nebenverabredungen ergänzt werden können[312]). Bezieht sich das nicht sinngemäß auch auf Verabredungen über weitere Voraussetzungen der Geltendmachung des Schuldscheins? Entspricht es nicht der ratio der Formvorschrift der §§ 780, 781, daß die Voraussetzungen der Geltendmachung des abstrakten Versprechens aus der Urkunde erhellen sollen? Dies Bedenken ist je-

312) S. Cosack, Lehrb. I § 60 II. Planck zu § 125 Z. 5. Rechtsprechung Bd. 4 S. 207.

doch nicht begründet. Allgemein anerkannt ist, daß das simulierte Formalgeschäft gemäß § 117 nichtig ist. Daraus darf man schließen, daß ein solches prinzipiell durch hinzutretende Vereinbarungen auch teilweise oder bedingungsweise annulliert werden kann, daß also beispielsweise bei einem notariellen Grundstückskauf über 20 000 und formloser Abmachung, daß nur 10 000 gezahlt werden sollen, der Kauf um diese 10 000, (vom Fall des negotium mixtum cum donatione soll abgesehen werden), gültig ist. So muß auch beim abstrakten Schuldversprechen das formlose pactum de non petendo, daß nur unter einer bestimmten Bedingung solle gefordert werden dürfen, entsprechende Wirkung haben [313]). Interessen der Verkehrssicherheit dürfen nicht dagegen ins Feld geführt werden, da, soweit nicht das Prinzip des § 405 eingreift, bei den selbständigen Schuldverschreibungen auf Schutz des Glaubens ans Papier und Cirkulationsfähigkeit desselben keine Rücksicht genommen wird. — Ist nun aber auch die Berufung auf ausdrückliche mündliche Verabredungen, aus denen sich ein Ausschluß der Klage ergeben würde, gestattet, so darf doch keineswegs der Nachweis zugelassen werden, daß vernünftige Parteien, wenn sie auf einen bestimmten Punkt aufmerksam gemacht worden wären, eine Klausel für die Geltendmachung des Versprechens verabredet haben würden. Es entscheidet, und zwar sowohl in den Fällen der §§ 780, 781 BGB. als in dem des § 350 HGB., der Gesichtspunkt, der schon gegen die Verwendung des § 242 geltend gemacht wurde, daß das Vehikel, mittelst dessen derartigen Erwägungen Eingang in das Recht der selbständigen Schuldverträge verschafft werden soll, im

313) Man darf nicht etwa sagen, der Gesichtspunkt der Simulation könne höchstens zur Nichtigkeit der ganzen Abmachung führen, da es der positiven Verabredung, es solle unter einer bestimmten Bedingung geschuldet werden, an der Form fehle. Die Wirksamkeit eines nachträglichen pactum de non petendo wird ja wohl allgemein anerkannt werden.

Sinn des Gesetzes eben das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung ist. Mit den letzten Ausführungen befinden wir uns im Einklang mit der gelegentlichen Aeußerung Endemanns[314]), daß bei den abstrakten Schuldverträgen der §§ 780 und 781 die Auslegung nach Treu und Glauben ausgeschlossen sei, soweit der Verpflichtungsgrund verdeckt werde. Wollte sich Endemann, wie ich annehmen möchte, damit nur gegen die geschilderte Ergänzung nach Treu und Glauben wenden, so trifft er mit dem im vorstehenden dargelegten Gedankengang zusammen.

Immerhin ergibt sich aus dem bisherigen die Existenz einer weiteren Gruppe von Einwendungen. Man kann dieselben bezeichnen als Einwendungen aus ausdrücklich nebenher abgeschlossenen beschränkenden Verträgen. Diese fließen ihrerseits wieder zusammen mit den Einwendungen aus Klauseln, die unmittelbar in das selbständige Schuldversprechen aufgenommen wurden. Wie wir nämlich gesehen haben, daß die Klagbegründung durch die Fassung des selbständigen Schuldversprechens von weiteren Nachweisungen abhängig gemacht werden kann, so ist es auch möglich, bestimmte Verteidigungstatbestände im Schein ausdrücklich festzulegen. Man denke z. B. an die Einfügung von Resolutivbedingungen oder sonstige auf den Beweis des Schuldners abgestellte Ausnahmen von der Schuldverpflichtung.

Auch hier taucht nochmals die Frage auf, ob nicht auch solche Verteidigungstatbestände durch Verweisung auf ein bestimmtes Kausalverhältnis zum Ausdruck gebracht werden können und wann dies anzunehmen ist. Die Möglichkeit, sich zum Zwecke der Verklausulierung dieses Ausdrucksmittels zu bedienen, wird, wenn man überhaupt die Anwendbarkeit der allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133 und 157 auf die Verträge der §§ 780, 781 zugibt, nicht zu bestreiten sein. Im einzelnen macht die Interpretations-

314) Lehrb. § 194 Z. 2 erster Absatz.

frage nicht selten Schwierigkeiten.

Allgemeine Regeln lassen sich auch hier nicht aufstellen. Es mögen nur einige spezielle, häufiger auftauchende Fragen kurz berührt werden.

Wie steht es z. B., wenn anerkannt wird, daß aus einem am 1. Mai 1905 abgeschlossenen Kaufvertrag 500 Mk. Kaufpreis geschuldet werden? Hat das etwa die Bedeutung, daß durch die Bezugnahme auf den Kauf die spezifisch kaufrechtlichen Einreden vorbehalten werden sollten, während bei indiskreter Fassung auf das Gegenteil zu schließen wäre? Allgemein darf man das gewiß nicht behaupten. So wird man vor allem an eine Aufrechterhaltung der exceptio non adimpleti nicht denken dürfen. Kann allerdings nachgewiesen werden, daß die Anerkennung der Kaufgeldschuld den Sinn eines Verzichts nicht haben, sondern daß damit nur die aus irgend einem Grund zweifelhafte Kaufpreissumme fixiert werden sollte [315]), so ist die Einrede zulässig. Und zwar wird man sie wohl in diesem Fall direkt, ohne Umweg über das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, zulassen dürfen, mit der Begründung, daß sie aus dem Inhalt des Schuldscheins hervorgehe.

In dieser Beziehung würde also immerhin ein formaler Unterschied gegenüber der indiskret gefaßten Anerkennung vorliegen. Auch dort könnte vom Schuldner dargetan werden, daß die abstrakte Obligation nur den Klagerleichterungszweck verfolge und ein Verzicht auf die vorhandene exceptio non adimpleti contractus nicht dem Willen der Parteien entsprochen habe. Allein hier würde nach dem Standpunkt des Gesetzes die Verteidigung formell den Charakter der Berufung auf ungerechtfertigte Bereicherung annehmen [316]).

Entsprechend liegt das Verhältnis bei der exceptio redhibitoria und quanti minoris. Im Gegensatz zur exceptio

315) S. Kipp zu Windscheid § 412b Z. 2 a. E.

316) Ueber die Auseinandersetzung mit § 813 s. d. folgenden Paragraphen.

non adimpleti contractus werden dieselben allerdings im Zweifel direkt oder indirekt geltend gemacht werden können, und zwar ebensowohl wenn eine Kaufgeldschuld anerkannt ist, als wenn abstrakt versprochen wurde. Allein auch hier wird im ersten Fall direkte Berufung auf das Kaufrecht, im zweiten Fall nur Bezugnahme auf das Bereicherungsrecht anzunehmen sein [317]).

Besondere Schwierigkeiten macht das Verjährungsrecht. Wie soll es z. B. gehalten werden, wenn in dem Schuldschein auf ein Grundgeschäft Bezug genommen ist, bei dem nach § 196 eine zweijährige Verjährung eingreift? Kann hier gegen die Klage aus dem selbständigen Schuldversprechen schon nach 2 Jahren die Einrede der Verjährung erhoben worden? Man wird von folgenden Erwägungen auszugehen haben.

Durch das in dem Vertrag jedenfalls enthaltene Anerkenntnis im Sinn des § 208 BGB. wird die Verjährung des ursprünglichen Schuldverhältnisses unterbrochen. Daß für dieses nun wieder die ursprüngliche Verjährung aufs neue zu laufen beginnt, wird übereinstimmend angenommen [318]). Davon wohl zu unterscheiden ist die für die neugeschaffene Obligation selbst laufende Verjährung. Ist der Schuldschein indiskret gefaßt oder Darlehenskausa zugrund gelegt, so wird die Verjährung an sich die 30jährige sein müssen. Es kann nur dem Schuldner der Nachweis überlassen bleiben, daß trotz der indiskreten Fassung eine solche Veränderung der Verjährungsfrist nicht beabsichtigt gewesen

---

317) Kipp (a. a. O.) nennt in diesem Zusammenhang noch die Anerkennung eines Kaufverhältnisses. Dabei ist etwa an eine Formulierung wie folgt zu denken: „Ich anerkenne von Herrn X das Pferd a um die Summe von 800 Mk. gekauft zu haben. Hier wird im Zweifel gar kein vertragsmäßiges Anerkenntnis im Sinn des § 781 vorliegen. Wenn das der Fall, so wird sich nur aus den Umständen des Falles entnehmen lassen, ob auf die exceptio non adimpleti verzichtet war. Daß die Einrede immer zustünde, ist wohl nicht richtig.

318) S. Planck zu § 208 Z. 3.

sei, ein Nachweis, der selten genug gelingen wird. An sich wird bei solcher Fassung des Klagerleichterungsvertrags die Absicht, den Gläubiger gegen die kurzfristigen Verjährungen zu schützen, supponiert werden dürfen. Ist dagegen auf ein Kausalverhältnis, das einer kurzen Verjährung unterliegt, ausdrücklich Bezug genommen, wenn auch nur in ganz allgemeiner Form, so wird bis zum Beweis des Gegenteils angenommen werden müssen, daß auch die Beibehaltung des jenem Grundverhältnis entsprechenden Verjährungsrechts im Sinne der Parteien liege. Anders wohl, wenn jenes Kausalverhältnis ein fingiertes wäre. In diesem Sinn entscheiden sich die Materialien [319]), und es läßt sich zu gunsten dieser Regelung auch anführen, daß durch sie die Praxis in eine günstigere Lage gesetzt wird, als bei der entgegengesetzten, daß immer das 30jährige Verjährungsrecht durchgreife. Bei der oft sehr schwierigen Abgrenzung zwischen gewöhnlichem Beweisschuldschein, der jedenfalls am Verjährungsrecht nichts ändern würde, und einem das Kausalverhältnis bezeichnenden Anerkenntnis des § 781 ist es wünschenswert, dem Richter diese Feststellung so weit als möglich zu ersparen [320]). Allerdings wird dem Gläubiger der ausdrückliche Nachweis, daß trotz der Bezugnahme auf die causa die Absicht der Parteien doch auf Begründung einer nach gewöhnlichen Grundsätzen verjährenden Obligation gegangen sei, vorbehalten bleiben müssen.

Zu allen den im bisherigen aufgeführten Verteidigungsmöglichkeiten tritt nun endlich noch eine Einrede ganz besonderer Art hinzu, nämlich die auf eine echte condictio in-

---

319) Motive II 688. Protokoll II 506.

320) A. M. neuerdings Wienstein in Gruch. Beitr. Bd. 48 S. 484 N. 21. Eine Scheidung der einzelnen Fälle wird hier nicht vorgenommen, eine weitere Begründung, abgesehen von der Behauptung, daß die Wirkung eines bestärkenden Vertrags sich regelmäßig in der Einführung der gewöhnlichen Verjährungsfrist zeigen werde, nicht beigefügt.

debiti gegründete Bereicherungseinrede im Fall der Ausstellung eines Schuldscheins in der irrtümlichen Annahme, man sei gerade hiezu verpflichtet. Daß diese Einrede keine nennenswerte praktische Bedeutung hat, ist schon in § 5 oben hervorgehoben.

Denkt man nun auf der einen Seite an die Mannigfaltigkeit der vorhandenen Verteidigungsmöglichkeiten, auf der andern Seite an die Tatsache, daß mit dem abstrakten Versprechen Feststellungsgeschäfte, Einredeverzichte, Schuldabänderungsverträge ꝛc. verschiedenster Art sich verbinden können, durch welche die Bezugnahme auf das ursprünglich zugrund liegende Kausalverhältnis abgeschnitten oder eingeschränkt wird, so ist es wohl verständlich, wenn manche Schriftsteller, wie Cosack und Klingmüller, zu so unbestimmten Formulierungen gelangen, daß die Einwendungen und Einreden, insbesondere die aus dem Kausalverhältnis abgeleiteten, sich lediglich nach den Umständen des konkreten Falls bestimmen.

Immerhin wird man sich bei einer solchen Fassung nicht beruhigen wollen, sondern nach einer bestimmteren Gruppierung der verschiedenen Einwendungs- und Einredemöglichkeiten streben. Die vorausgegangenen Untersuchungen geben zu einer solchen die Handhabe. Zusammenfassend könnte man folgende Aufstellung machen:

1) Einwendungen, welche unmittelbar die Gültigkeit des abstrakten Vertragsschlusses als solchen betreffen.

2) Einwendungen auf Grund eines rechtsvernichtenden Tatbestands.

3) Einwendungen, welche sich aus dem formulierten Inhalt des Vertrags oder aus ausdrücklich getroffenen einschränkenden Nebenverabredungen ergeben.

4) Einwendungen, welche sich auf das unterliegende Kausalverhältnis gründen.

a. Geltendmachung einer Reprobation der causa, welche auch die Ungültigkeit des Schuldversprechens oder Schuld-

anerkenntnisses zur Folge hat.

b. Geltendmachung, daß durch den Vollzug des selbständigen Versprechens oder Anerkenntnisses eine ungerechtfertigte Bereicherung sich vollziehen würde.

Die Einwendungen sub 4) kommen dem reinen Delegationsversprechen gegenüber nur in beschränkter Weise in Betracht und werden ebenso durch das Zugrundeliegen von Feststellungs- oder Schuldabänderungsverträgen in mannigfacher Weise eingeengt.

5) Der Einwand des bösen Rechtsmißbrauchs oder der versuchten Beschädigung gegen die guten Sitten.

6) Die Einrede, daß der auf Grund der irrtümlichen Annahme einer speziell dahin gehenden Verpflichtung ausgestellte Schuldschein vom Gläubiger nicht geltend gemacht werden dürfe.

Die unter Ziff. 5) und 6) angeführten Verteidigungen sind, wie ausgeführt, von untergeordneter Bedeutung.

§ 11. Die Anwendung des Bereicherungsrechts im einzelnen.

Eine Hauptrolle unter den Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners spielt, wie wir gesehen haben, die Bezugnahme auf das Kausalverhältnis, sei es, daß Nichtigkeit des selbständigen Schuldversprechens wegen Reprobation der causa geltend gemacht wird, sei es, daß unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung Kausamängel vorgeschützt werden. Diese beiden Verteidigungen sind noch etwas genauer zu untersuchen. Dabei wird auch festzustellen sein, in welchem Umfang und in welcher Weise eine angriffsweise Verfolgung jener Bemängelungen statthaft erscheint. Diese Untersuchung wird dann von selbst ergeben, ob praktisch wichtige Unterschiede die Nichtigkeitsfälle von denen der Bereicherungsanfechtung abheben.

Innerhalb der Bereicherungsanfechtung, zu der wir uns

zunächst wenden, erhebt sich zunächst die Frage, wie die Anwendung des Bereicherungsrechts, speziell der §§ 813, 814, 815, 817 auf die abstrakten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse im einzelnen sich gestaltet. Daß die genannten Paragraphen an sich auch hier Anwendung finden sollen, scheint sich aus dem ganzen Standpunkt des Gesetzbuches und insbesondere aus dem Wortlaut des § 812 Abs. 2 zu ergeben. Allein bei der Durchführung stößt man doch auf gewisse Bedenken in der Richtung, in welchem Umfang eine solche Uebertragung möglich sei, und ob dabei nicht gewisse Modifikationen sich ergeben müssen.

Legen wir die Reihenfolge der genannten Paragraphen zugrund und beginnen wir mit dem § 813. Auf ihn ist schon oben bei Gelegenheit der Staub'schen Behauptung, daß die Bereicherungsgrundsätze zum Schutze des Schuldners nicht ausreichen, hingewiesen worden. Staub[321]) nimmt an, daß bei irrtümlicher vorzeitiger Anerkennung einer nicht fälligen Schuld wegen § 813 kein Schutz des Schuldners auf Grund des Bereicherungsrechts zu erlangen sei, auch da nicht, wo das Bedürfnis nach einem solchen zweifellos existiere.

Daß die Anwendung des § 813 auf vorzeitig abgegebene Schuldversprechen Anstoß erregt, läßt sich nicht bestreiten.

Freilich ist schon der Grundsatz bedenklich, daß vorzeitig Gezahltes im Fall des Irrtums nicht solle zurückgefordert werden dürfen. Man braucht ja nur an Fälle erheblicher Zeitdifferenz zu denken und noch etwa hinzuzunehmen, daß der Gläubiger die Befristung gekannt hat oder kennen mußte, um sich das einleuchtend vor Augen zu führen[322]). Die Bestim-

321) Zu § 350 HGB. Anm. 9.

322) Von dem Fall, in dem es Verpflichtung des Gläubigers gewesen wäre, den Schuldner über seinen Irrtum aufzuklären, in dem daher die Betrugsanfechtung eingreift, kann abgesehen werden.

mung ist im Anschluß an l. 10 D. 12, 6 lediglich begriffsjuristisch begründet worden, indem man sie darauf stützte, daß bei befristeter Obligation eben schon vor Eintritt des dies eine Verpflichtung vorhanden sei[323]), und auch bei den Beratungen der beiden Kommissionen, die zu der Fassung des § 813 führten, sind keine in Wahrheit legislativpolitischen Erwägungen angestellt worden[324]). Allein immerhin lassen sich für den Ausschluß der Rückforderung gezahlter Beträge beachtenswerte Gründe anführen. Man kann sich darauf stützen, daß bei kleineren Zeitdifferenzen, die die Regel bilden, meistens ein überflüssiges Hin- und Herzahlen stattfinden würde, von dem der kondizierende Schuldner keinen erheblichen Vorteil hätte. Man kann vielleicht auch sagen, daß jedenfalls das Vertrauen des Gläubigers, der den Posten einkassiert hat, geschützt werden müsse und daß es abgesehen von den Fällen des Betrugs mißlich sei, eine Untersuchung über seine bona oder mala fides anzustellen, daß jedenfalls für die große Mehrzahl der Fälle der § 813 das Richtige treffe.

Für die Fälle bloßen Versprechens treffen diese Erwägungen jedoch nicht zu, jedenfalls nicht für die Fälle des Klagerleichterungsvertrags. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum ein Schuldner, der lediglich, um seinem Gläubiger die Einklagung zu erleichtern, ein Schuldversprechen abgegeben und dabei eine Befristung übersehen hat, vorzeitig zur Auszahlung genötigt werden sollte.

Prüfen wir nunmehr, ob der § 813 uns dieses Resultat aufnötigt. Dabei können wir absehen von den Fällen, in denen mit Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 1 geholfen werden kann, und von den Fällen, in denen eine ausdrückliche Abmachung, der Schuldschein solle vor Ablauf der

323) So namentlich die Pandektenliteratur.

324) S. Motive II S. 835. (Die Bezugnahme auf A. 72 des schweiz. Obligationenrechts daselbst in N. 2 ist irrig.) Protokolle II S. 694.

Frist nicht geltend gemacht werden können, angenommen werden darf.

Was nun den Wortlaut des § 813 anlangt, so würde der Absatz 2, wie schon von Tuhr[325]) ausgeführt hat, die Klagerleichterungsverträge überhaupt nicht treffen. Denn bei diesen findet keine Erfüllung der ursprünglichen Verbindlichkeit statt. So gewiß nicht, wenn die neue Obligation nur accessorisch neben die alte treten sollte, was ja die Regel bildet. Sollte es aber auch die Absicht der Parteien gewesen sein, eine „Novation" in dem Sinn vorzunehmen, daß die formelle Klagbegründung künftighin ausschließlich das Schuldversprechen zum Ausgangspunkt zu nehmen habe, so würde deshalb immer noch nicht von einer „Erfüllung" der Grundobligation die Rede sein dürfen. Anders erst, wenn es im Sinn der Parteien lag, die Obligation auf eine materiell neue Basis zu stellen, also z. B. eine Feststellung zu treffen, oder die ursprüngliche Schuld gemäß § 607 Abs. 2 in eine Darlehensschuld, deren Fälligkeit sich nach den Kündigungsgrundsätzen des § 609 bestimmen sollte, umzuwandeln. In diesen Fällen wird vielfach ein bewußtes Abstandnehmen von etwaigen (den Parteien vielleicht nicht bekannten) Befristungen oder dilatorischen Einreden vorliegen. Allein auch wo dies nicht nachweislich ist, ist die Anwendung des § 813 gerechtfertigt, sofern sie der regelmäßigen Lagerung der Parteiinteressen entspricht. Und zwar wird im Gegensatz zu der Ansicht v. Tuhrs[326]) dem Schuldner

---

325) A. a. O. S. 9.

326) v. Tuhr a. a. O. will darauf abstellen, ob das neue Forderungsrecht in solutum gegeben sei oder nicht. Während er im letzteren Fall mit dem Wortlaut des § 813 operiert und so zu dem im Text bezeichneten Resultat gelangt, daß die Bestimmung sich auf diesen Fall gar nicht beziehe, will er bei in solutum datio zwar die condictio abschneiden, die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung jedoch gewähren. Wann in seinem Sinn eine solche in solutum datio angenommen werden soll, ob auch schon in jenen zuvor erwähnten Fällen, in

in diesen Fällen nicht bloß die angriffsweise, sondern auch die verteidigungsweise Berufung auf die ursprünglich vorhandene Befristung abzuschneiden sein[327]).

Nun aber handelt es sich nicht lediglich um den Wortlaut des § 813 Abs. 2. Es kommt auch der Abs. 1 in Betracht, der durch argumentum a contrario die Berufung auf alle gegen das ursprüngliche Forderungsrecht begründeten dilatorischen Einreden auszuschließen scheint. Aus den dilatorischen Einreden könnte dann wieder auf die Befristungen geschlossen werden, so daß das schließliche Resultat doch wäre, in allen Fällen selbständiger Obligierung kann man sich weder auf dilatorische Einreden noch auf Befristungen, die man übersehen hat, berufen. Der Absatz 1 spricht nicht von „Erfüllung", sondern von „Leistung zum Zweck der Erfüllung". Damit seien, so könnte man sagen, alle Fälle getroffen, in denen die Parteien bei Eingehen einer selbständigen Verpflichtung ein schon gegebenes Schuldverhältnis voraussetzen. Dies entspreche auch der Terminologie des § 814, der ebenfalls unter „Leistung zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit" im Gegensatz zu den Fällen eines „mit der Leistung bezweckten Erfolgs" (815) alle Fälle umfasse, in denen mit Rücksicht auf eine als vorhanden vorausgesetzte Obligation gezahlt oder versprochen werde[328]).

Trotz allem dem hat man bei dem Resultat stehen zu bleiben, daß der § 813 weder die Geltendmachung einer Befristung, noch die einer dilatorischen Einrede schlechthin ausschließt. Der Wortlaut des Gesetzes nötigt uns nicht, ein so verkehrtes Resultat zu acceptieren.

---

denen ausschließliche formale Bezugnahme auf den Schuldschein dem Parteiwillen entspricht, ist nicht ersichtlich.

327) Ueber die Kondiktion des abstrakten Versprechens s. u. am Ende des Paragraphen.

328) S. o. Text vor N. 42 und sofort weiter unten.

Gibt man auch zu, daß der § 813 sich auf die Schuldverpflichtungen mitbezieht, und gibt man auch ferner zu, daß Befristungen und dilatorische Einreden nicht verschieden behandelt werden dürfen, so bleiben doch in der vorangestellten Schlußfolgerung mehrfache Lücken. Vielleicht könnte man schon das argumentum a contrario anzweifeln und davon ausgehen, daß für den Fall der dilatorischen Einrede nichts direkt angeordnet sei, daß deren Behandlung sich nach dem für Abs. 2 Festgestellten zu richten habe. Will man sich dazu nicht entschließen, so bliebe die andere Möglichkeit, die Worte „das zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete" in § 813 beschränkt zu interpretieren und nur auf die Fälle zu beziehen, in denen die Parteien die ursprüngliche Forderung als vollständig erledigt betrachten, in denen also Feststellungen oder materielle Umwandlungen vorliegen. Am meisten hat es wohl für sich, anzunehmen, daß, wenn man auch den § 813 auf die selbständigen Versprechen mitbezieht, doch im Sinn des Gesetzes nur an eine entsprechende Uebertragung zu denken sei. Eine solche entsprechende Uebertragung führe aber zu der Unterscheidung verschiedener Fälle in der hervorgehobenen Weise.

Sind diese Ergebnisse richtig, so haben sie über das Gebiet der §§ 780 und 781 hinaus Bedeutung. Sie berühren auch das Wechselrecht. Man nehme z. B. an, daß in der irrtümlichen Annahme einer fälligen Schuld ein Sichtwechsel ausgestellt sei und daß dieser Wechsel sich in der Hand einer mit dem Aussteller kausal verbundenen Partei befinde [329]). Stellt man sich auf den Standpunkt, der freilich

329) Entsprechendes würde auch für den vielbesprochenen Fall des unter gleicher Voraussetzung erhobenen Einwands der noch nicht geleisteten Valuta zu gelten haben. Z. B. A hat an B einen Eigenwechsel ausgestellt in der irrtümlichen Annahme, die Ware, für die die Wechselsumme als Kaufpreis dienen sollte, schon erhalten zu haben. B verlangt Zahlung aus diesem Wechsel.

in der deutschen Praxis noch nicht genügend zum Durchbruch gelangt ist, daß auch beim Wechsel das Verhältnis zwischen den kausal verbundenen Parteien von dem Verhältnis eines Wechselschuldners zu gutgläubigen Dritten wohl unterschieden werden müsse, so wäre im erstgenannten Fall wie beim Schuldschein die Frage zu stellen, ob der Wechsel nur der Klagerleichterung dienen oder ob durch den mit jenem Wechselakt sich vollziehenden Vertragsschluß eine Feststellung oder Darlehensgewährung im Sinn des § 607 Abs. 2 sich vollziehen sollte. In dem zweiten Fall, der zwar nicht zu vermuten sein wird[330]), der aber auch nicht ignoriert werden darf[331]), ist auch zwischen den kausal verbundenen Parteien die Verteidigung auf Grund ursprünglich vorhandener Befristung gemäß § 813 ausgeschlossen. Dagegen wäre sie in den übrigen Fällen ebenso zulässig wie gegenüber einem Schuldschein des § 780 oder 781.

Der § 814 enthält zwei verschiedene Bestimmungen. Einmal schreibt er vor, daß das zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden könne, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zu der Leistung nicht verpflichtet war. Die andere Bestimmung geht dahin, daß ebenso nicht soll zurückgefordert werden können, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.

Es fragt sich auch hier zunächst, wann man sagen kann, daß ein Versprechen „zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit“ abgegeben sei. Ein korrekter Sprachgebrauch ist das ja wohl unter keinen Umständen, wie aus den Erörte-

---

330) Noch weniger wird es zulässig sein, in dem Wechselakt ein für allemal eine solche „Novation“ zu sehen.

331) Zu wenig dürfte auf diese Möglichkeit eingegangen werden bei Wieland a. a. O. S. 136 ff.

rungen unseres § 1 hervorgeht. Es handelt sich aber für uns jetzt ausschließlich darum, was das Gesetz, wenn es einmal die Bestimmungen der §§ 814 und 815 auch auf Versprechen mitbeziehen will, darunter verstehen konnte. Da wird denn wohl, wie wir schon bei Besprechung des § 813 vorausgesetzt haben, zu sagen sein, daß alle nach der objektiven Abmachung auf eine vorausgesetzte (sei es vorausgegangene, sei es gleichzeitig begründete) Grundobligation bezogenen Versprechen bezw. Anerkenntnisse unter die Bezeichnung fallen. Zwischen den Fällen, in denen die Parteien ein accessorisches Verhältnis bezwecken und den Fällen, in denen der Gläubiger sich formell nur auf die abstrakte Obligation künftighin soll stützen dürfen, einen Unterschied zu machen, liegt nach dem Wortlaut keinerlei Anlaß vor. Ebensowenig kann nach dem Wortlaut zwischen Klagerleichterungszweck, Feststellungszweck u. s. w. unterschieden werden.

Immerhin könnte jedoch die sachliche Interpretation zu solchen Unterscheidungen führen. Deshalb ist nunmehr auf eine Prüfung einzutreten, inwieweit die Uebertragung der Bestimmungen des § 814 auf solche Versprechensfälle sachgemäße Entscheidungen ergibt.

Im ersten Fall, bei dem bewußten Versprechen einer Nichtschuld, sind vor allem die verschiedenen Zwecke auseinander zu halten, die der Leistende verfolgen kann. Dabei kann zunächst ausgeschaltet werden der Fall, in dem die Parteien durch das Versprechen die Bestätigung eines früheren ungültigen Geschäfts gemäß § 141 Abs. 2 vornehmen. Hier wird durch den formlos gültigen Bestätigungsvertrag eine Grundgeschäftsobligation erzeugt. Es kann also von bewußtem Leisten auf eine Nichtschuld nicht mehr die Rede sein.

Daran schließt sich unmittelbar an der andere Fall, in dem bewußt eine Nichtschuld anerkannt wird auf Grund einer Vergleichskausa. Auch hier wird durch das kausale Vergleichsgeschäft eine Schuld begründet, demgemäß kann

das selbständige Versprechen wiederum nicht als Leistung auf eine Nichtschuld angesehen werden. Für den § 814 bleibt kein Raum.

Ebenso wird es beim Verzicht auf dem Versprechenden bekannte peremptorische Einreden stehen. Man denke z. B. an die Anerkennung einer Kaufpreisschuld trotz Bewußtseins von der Möglichkeit einer Mängelrüge, in der Absicht, auf das Einrederecht Verzicht zu leisten.

Etwas anders liegt es bei den Feststellungsgeschäften und bei der Bestärkung unvollkommener Verbindlichkeiten. Bei diesen kann gerade nur das selbständige Versprechen oder Anerkenntnis, das abgesehen vom Fall des § 350 HGB. an die Schriftform gebunden ist, eine Obligation erzeugen. Insofern kann man, namentlich beim Bestärkungsgeschäft, von einem Versprechen auf Grund einer Nichtschuld sprechen. Beim Feststellungsgeschäft liegt, wenn die Grundobligation nicht in dieser Höhe bestanden hat, mindestens ein Stück „Nichtschuld" zugrund und die unvollkommene Verbindlichkeit, deren Klagbarkeit durch das Versprechen erreicht werden soll, ist und bleibt Nichtschuld im streng juristischen Sinn. Hier führt nun die Anwendung des § 814 auf diese Versprechen zu einem durchaus angemessenen Resultat. Es könnte sich nur fragen, ob man nicht auch ohne denselben, lediglich auf Grund der §§ 780, 781, zu demselben Ziele gelangen würde, indem man in diese Paragraphen schon den Sinn hineinlegt, daß durch sie solche Feststellungen und Bestärkungen sanktioniert werden sollten.

Jedenfalls bietet jedoch die Heranziehung des § 814 einen weiteren Stützpunkt für die Entscheidung, der bei der Zweifelhaftigkeit jener ersten Frage willkommen ist.

Der § 814 vermag auch zu helfen in den Fällen des Feststellungsgeschäfts, in denen über die Existenz der festgestellten Schuld nur mehr oder weniger starke Zweifel bestehen. Denn immerhin soll ja nach der Parteiabsicht auch

für den Fall des Nichtbestehens das Versprechen binden, und man kann insofern von der bewußten Anerkennung einer reinen Nichtschuld reden[332]).

Einen Hauptgrund für die bewußte Anerkennung einer Nichtschuld wird die einseitige Schenkungsabsicht abgeben[333]). Soweit nun hier die Formvorschrift des § 518 nicht gewahrt ist, hat man das Versprechen nach dem oben Ausgeführten für nichtig zu erklären und zwar auch in dem Fall, in dem die Parteien eine Darlehensbegründung gemäß § 607 Abs. 2 vornehmen wollten[334]). Der § 814 kommt also wiederum nicht in Frage[335]). Wie aber, wenn bei einseitiger Schenkung die gerichtliche oder notarielle Form eingehalten wurde? A, der dem B schenken will, verspricht in notarieller Form eine angebliche Darlehensschuld, die er dem Erblasser gegenüber eingegangen sei, zu zahlen. Ein Schenkungsversprechen ist wegen des mangelnden Konsenses nicht zustande gekommen und es fragt sich nun, ob Bereicherungsklage und Einrede auszuschließen sind, oder nicht. Hier führt ebenfalls der § 814 zum richtigen Ziele. Es wäre nicht angemessen, dem Schenker zu gestatten, bei nachträglicher Aenderung seiner Absicht das indebitum aufzudecken, und den Gegner zu verhindern, jetzt noch die Schenkung zu acceptieren. Würde allerdings der Versprechensempfänger nach Aufdeckung des Sachverhalts sich auf den Standpunkt stellen, geschenkt nehme ichs nicht, aber zurückgeben will ich auch nichts, so würde der Condiktionsanspruch des § 516 Abs. 2 letzter Satz einzugreifen haben. Denn man wird

332) Daß in diesen unter den Begriff des Feststellungsgeschäfts subsumierbaren Fällen der Schenkungsgesichtspunkt auszuschalten ist, wurde oben (Text vor N. 145) ausgeführt.

333) Bei Verabredung einer Schenkung und fingierter Abstellung auf ein schon vorhandenes Schuldverhältnis liegt kein Fall des § 814 vor.

334) S. oben bei N. 76.

335) Dies ist, wie v. Tuhr (a. a. O. S. 7) mit Recht hervorhebt, nicht berücksichtigt bei Planck-André Erl. 2 zu § 780.

grundsätzlich davon ausgehen müssen, daß durch diese Bestimmung der § 814 in allen Fällen, auch in denen der Zahlung, modifiziert werde.

Ob dieses Resultat auch ohne den § 814 erreichbar wäre, ist mindestens zweifelhaft. Vielleicht könnte man dadurch zu helfen suchen, daß man in das Versprechen eine bindende Schenkungsofferte für den Fall der Aufdeckung des Sachverhalts hineinlegt. Allein die Künstlichkeit und Bedenklichkeit dieser Auffassung liegt so klar am Tage, daß doch wohl der Heranziehung des § 814 der Vorzug zu geben sein wird.

Des weiteren steht noch der allerdings seltene Fall zur Betrachtung, daß der Versprechende seinen Gegner durch Anerkennung einer Nichtschuld täuschen oder foppen wollte. Er hat sich von vornherein insgeheim vorbehalten, wenn es an die Zahlung ginge, den Sachverhalt aufzudecken und die Nichtschuld darzutun. Hier würde der § 814 zur Ablehnung der Bereicherungseinrede, mithin zum Erfüllungszwang führen. Es fragt sich, ob dieses Resultat haltbar ist. Zwar kann man aus der Behandlung der einseitigen privatschriftlichen Schenkungsversprechen nicht das Argument ableiten, daß auch in den Täuschungsfällen keine Bindung eintreten dürfe, und man könnte sich positiv zu gunsten des Ausschlusses der Bereicherungseinrede auf die Parallele mit den Grundsätzen der Mentalreservation berufen. Wie bei der letzteren die Aufdeckung der abweichenden inneren Absicht abgeschnitten wird, so müsse hier die Berufung auf das dem Versprechenden bekannte Fehlen der causa unzulässig sein. Gerade in derartigen Fällen lasse die Rechtsordnung es nicht bei einem Ersatz des negativen Vertragsinteresses bewenden, sondern binde den dolosen Kontrahenten an seine Erklärung. Auf der andern Seite erregt jedoch die Vergleichung mit den Grundsätzen des § 817 Bedenken. Hat jemand ein Versprechen abgegeben, dessen Zweck in der Art bestimmt ist,

daß der Versprechende dadurch gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, so ist das Versprechen kondizierbar und die Einrede des § 821 greift Platz. Da könnte es doch angebracht erscheinen, auch in unserem Fall dem Versprechensempfänger keine Anwartschaft auf Erzwingung einer ungerechtfertigten Bereicherung zu eröffnen, sondern ihm nur einen leicht zu begründenden Anspruch auf Ersatz des durch die Täuschung entstandenen Schadens zu gewähren. Man könnte sagen, vom Gesamtstandpunkt unseres BGB. aus sei ein derartiger Erfüllungszwang auf Grund des äußerlich Erklärten, der die Anwartschaft auf eine durch kein anderes Moment gerechtfertigte Bereicherung in sich schließe, nur anzuerkennen, wo er im Gesetz ausdrücklich normiert sei, wie beispielsweise in § 116 und 179. Trotzdem wird es richtiger sein, die Parallele mit der Mentalreservation durchschlagen zu lassen und die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung auszuschließen. Dieses Resultat könnte vermittelst eines Analogieschlusses aus § 116 erreicht werden. Auf einfachem Weg führt aber auch der § 814 zum Ziel [336]). Jedenfalls kann man nicht behaupten, daß seine Anwendung ein unangemessenes Resultat ergebe. — Würde man sich auch für die gegenteilige Meinung entscheiden, daß dem Prinzip des § 817 entsprechend die Einrede zu gewähren sei, so würde daraus noch nichts gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 814 auf die selbständigen Versprechen zu folgern sein. Man könnte alsdann immer noch annehmen, daß die allgemeine Bestimmung durch einen Analogieschluß aus § 817 gekreuzt werde.

Ein letzter Fall ist folgender: Es verspricht jemand,

---

336) Mißlich wird im vorliegenden Fall unter Umständen die Entscheidung, ob ein Versprechen oder Anerkenntnis im Sinn des § 780 oder 781 vorliege oder bloße Ausstellung eines Beweisschuldscheins. Bei derartig dolosem Verhalten wird man im Zweifel zu gunsten der selbständigen Verpflichtung auszulegen haben.

[illegible] davon ausgehen müssen, daß durch diese Be-[illegible] der § 814 in allen Fällen, auch in denen der [illegible] werde.

[illegible] Resultat auch ohne den § 814 erreichbar [illegible]. Vielleicht könnte man da-[illegible], daß man in das Versprechen eine [illegible] für den Fall der Aufdeckung [illegible]. Allein die Künstlichkeit und [illegible] liegt so klar am Tage, daß [illegible] des § 814 der Vorzug zu geben [illegible].

[illegible] allerdings seltene Fall [illegible] seinen Gegner durch [illegible] oder [illegible] wollte. [illegible], wenn es [illegible] und die [illegible] § 814 zur Ablehnung [illegible] führen. [illegible] kann [illegible] daß auch [illegible], und [illegible] der [illegible] Grund-[illegible] letzteren [illegible] abgeschnitten [illegible] dem Versprechen-[illegible] Gerade in [illegible]

daß der Versprechende dadurch gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, so ist das Versprechen kondizierbar und die Einrede des § 821 greift Platz. Da könnte es doch angebracht erscheinen, auch in unserem Fall dem Versprechensempfänger keine Anwartschaft auf Erzwingung einer ungerechtfertigten Bereicherung zu eröffnen, sondern ihm nur einen leicht zu begründenden Anspruch auf Ersatz des durch die Täuschung entstandenen Schadens zu gewähren. Man könnte sagen, vom Gesamtstandpunkt unseres BGB. aus sei ein derartiger Erfüllungszwang auf Grund des äußerlich Erklärten, der die Anwartschaft auf eine durch kein anderes Moment gerechtfertigte Bereicherung in sich schließe, nur anzuerkennen, wo er im Gesetz ausdrücklich normiert sei, wie beispielsweise in § 116 und 179. Trotzdem wird es richtiger sein, die Parallele mit der Mentalreservation durchschlagen zu lassen und die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung auszuschließen. Dieses Resultat könnte vermittelst eines Analogieschlusses aus § 116 erreicht werden. Auf einfachem Weg führt aber auch der § 814 zum Ziel[336]). Jedenfalls kann man nicht behaupten, daß seine Anwendung ein unangemessenes Resultat ergebe. — Würde man sich auch für die gegenteilige Meinung entscheiden, daß dem Prinzip des § 817 entsprechend die Einrede zu gewähren sei, so würde daraus noch nichts gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 814 auf die selbständigen Versprechen zu folgern sein. Man könnte alsdann immer noch annehmen, daß die allgemeine Bestimmung durch einen Analogieschluß aus § 817 gekreuzt werde.

Ein letzter Fall ist folgender: Es verspricht jemand,

[illegible] vorliegenden Fall unter Umständen die Ent[illegible]
[illegible] oder Anerkenntnis im Sinn des § 780
[illegible] stellung eines Beweisdokuments. [illegible]
[illegible] man im Zweifel zu gunsten der [illegible]
haben.

der einen ungültigen synallagmatischen Vertrag abgeschlossen hat, in Kenntnis der Ungültigkeit aber in Erwartung tatsächlicher Erfüllung von der Gegenseite. Hier ist zu unterscheiden. Ging die Erwartung etwa dahin, daß das synallagmatische Geschäft trotz seiner Ungültigkeit ordnungsmäßig zum Vollzug kommen solle, daß etwa bei einem formlos abgeschlossenen Grundstückskauf der Gegner durch seine Auflassung die Nichtigkeit heilen werde, so liegt gar kein Fall, der nach § 814 zu beurteilen wäre, mehr vor. Es sind die Grundsätze der condictio ob rem datorum maßgebend, und zwar auch dann, wenn mit dem Glauben des Gegners an seine obligatorische Gebundenheit gerechnet wurde[337]). Ebenso liegt es, wenn bei dem Versprechen ausdrücklich auf die freiwillige Leistung von der Gegenseite abgestellt wurde, sei es formell, sei es in einem formlosen Nebenvertrag. Anders, wenn nichts derartiges vorlag, insbesondere wenn böse Absicht mit im Spiel, z. B. geplant war, durch das eigene Versprechen den Gegner, der von der Ungültigkeit nichts weiß, ebenfalls zur Leistung zu bewegen und ihn dann etwa durch Flucht ꝛc. um sein Rückforderungsrecht zu bringen. Man denke etwa an den Fall, daß der Wucherer in der geschilderten Absicht ein selbständiges Schuldversprechen abgibt. Wäre hier die Absicht vorhanden, das Versprechen nicht zu erfüllen, indem man sich schlimmstenfalls, d. h. wenn man gefaßt wird, auf das indebitum beruft, so würde ganz dieselbe Situation vorliegen wie in dem zuvor geschilderten Fall des absichtlichen Foppens, und es würde wie oben der § 814 zur Anwendung zu bringen und die Ein-

337) Bei derartigen Geschäften, die im Fall formlosen Abschlusses auf Konvaleszierung gestellt sind, wird man jede Art von Vorleistung als im Hinblick auf die künftige Heilung erfolgt auffassen dürfen. So kann der objektive Sinn der Leistung gedeutet werden. Deshalb braucht der Versprechende, so lange keine Heilung eingetreten ist, nicht zu erfüllen. Ist die Heilung erfolgt, so ist die Leistungspflicht zweifellos. In diesem Fall liegt ja kein indebitum mehr vor.

rede der ungerechtfertigten Bereicherung aus dem Gesichtspunkt des indebitum auszuschließen sein. Allein man wird das Bedürfnis nach dieser Entscheidung auch dann haben, wenn zur Zeit des Versprechens noch die Absicht eigener Erfüllung bestand. Aus dem Gesichtspunkt des indebitum jedenfalls darf die Verpflichtung nicht angefochten werden. Ob etwa auf Grund des Rechts der condictio causa data causa non secuta oder auf Grund des § 817 oder auf Grund allgemeiner in § 812 enthaltener Bereicherungsgrundsätze eine Anfechtung erfolgen könnte, wird noch zu erörtern sein [338]). Zu dem Resultat, daß der Bewucherte seine Leistung zurückerhält und außerdem diejenige des Wucherers eintreibt, wird man ja nicht kommen dürfen.

Wir gelangen zu der zweiten Bestimmung des § 814, daß die Rückforderung ausgeschlossen sein solle, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspreche. Hier sind schon durch die bisherigen Ausführungen erledigt die Fälle, in denen der Versprechende weiß, daß er rechtlich nichts schuldet. Hat man es mit einer sittlichen oder Anstandspflicht eine Schenkung zu vollziehen zu tun, so ist das Versprechen nichtig, wenn nicht die gerichtliche oder notarielle Form eingehalten ist. Handelt es sich dagegen um Pflichten, deren Erfüllung nicht Schenkung ist, die mithin den unvollkommenen Verbindlichkeiten gleichstehen, so begründet das abstrakte Versprechen eine vollgültige Obligation. Eine Anfechtung derselben auf Grund des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung kann nicht stattfinden (wobei es zweifelhaft erscheint, ob man, um zu diesem Ergebnis zu gelangen, überhaupt den § 814 heranzuziehen braucht). Ebenso glatt liegt es bei den Feststellungsgeschäften, die dazu bestimmt sind, Zweifel über die rechtliche Verpflichtung abzuschneiden. Hier muß unbedingt

---

338) S. u. N. 340 u. bei N. 361.

in diesen Fällen nicht bloß die angriffsweise, sondern auch die verteidigungsweise Berufung auf die ursprünglich vorhandene Befristung abzuschneiden sein[327]).

Nun aber handelt es sich nicht lediglich um den Wortlaut des § 813 Abs. 2. Es kommt auch der Abs. 1 in Betracht, der durch argumentum a contrario die Berufung auf alle gegen das ursprüngliche Forderungsrecht begründeten dilatorischen Einreden auszuschließen scheint. Aus den dilatorischen Einreden könnte dann wieder auf die Befristungen geschlossen werden, so daß das schließliche Resultat doch wäre, in allen Fällen selbständiger Obligierung kann man sich weder auf dilatorische Einreden noch auf Befristungen, die man übersehen hat, berufen. Der Absatz 1 spricht nicht von „Erfüllung“, sondern von „Leistung zum Zweck der Erfüllung“. Damit seien, so könnte man sagen, alle Fälle getroffen, in denen die Parteien bei Eingehen einer selbständigen Verpflichtung ein schon gegebenes Schuldverhältnis voraussetzen. Dies entspreche auch der Terminologie des § 814, der ebenfalls unter „Leistung zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit“ im Gegensatz zu den Fällen eines „mit der Leistung bezweckten Erfolgs“ (815) alle Fälle umfasse, in denen mit Rücksicht auf eine als vorhanden vorausgesetzte Obligation gezahlt oder versprochen werde[328]).

Trotz allem dem hat man bei dem Resultat stehen zu bleiben, daß der § 813 weder die Geltendmachung einer Befristung, noch die einer dilatorischen Einrede schlechthin ausschließt. Der Wortlaut des Gesetzes nötigt uns nicht, ein so verkehrtes Resultat zu acceptieren.

---

denen ausschließliche formale Bezugnahme auf den Schuldschein dem Parteiwillen entspricht, ist nicht ersichtlich.

327) Ueber die Kondiktion des abstrakten Versprechens s. u. am Ende des Paragraphen.

328) S. o. Text vor N. 42 und sofort weiter unten.

Gibt man auch zu, daß der § 813 sich auf die Schuldverpflichtungen mitbezieht, und gibt man auch ferner zu, daß Befristungen und dilatorische Einreden nicht verschieden behandelt werden dürfen, so bleiben doch in der vorangestellten Schlußfolgerung mehrfache Lücken. Vielleicht könnte man schon das argumentum a contrario anzweifeln und davon ausgehen, daß für den Fall der dilatorischen Einrede nichts direkt angeordnet sei, daß deren Behandlung sich nach dem für Abs. 2 Festgestellten zu richten habe. Will man sich dazu nicht entschließen, so bliebe die andere Möglichkeit, die Worte „das zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete" in § 813 beschränkt zu interpretieren und nur auf die Fälle zu beziehen, in denen die Parteien die ursprüngliche Forderung als vollständig erledigt betrachten, in denen also Feststellungen oder materielle Umwandlungen vorliegen. Am meisten hat es wohl für sich, anzunehmen, daß, wenn man auch den § 813 auf die selbständigen Versprechen mitbezieht, doch im Sinn des Gesetzes nur an eine entsprechende Uebertragung zu denken sei. Eine solche entsprechende Uebertragung führe aber zu der Unterscheidung verschiedener Fälle in der hervorgehobenen Weise.

Sind diese Ergebnisse richtig, so haben sie über das Gebiet der §§ 780 und 781 hinaus Bedeutung. Sie berühren auch das Wechselrecht. Man nehme z. B. an, daß in der irrtümlichen Annahme einer fälligen Schuld ein Sichtwechsel ausgestellt sei und daß dieser Wechsel sich in der Hand einer mit dem Aussteller kausal verbundenen Partei befinde [329]). Stellt man sich auf den Standpunkt, der freilich

329) Entsprechendes würde auch für den vielbesprochenen Fall des unter gleicher Voraussetzung erhobenen Einwands der noch nicht geleisteten Valuta zu gelten haben. Z. B. A hat an B einen Eigenwechsel ausgestellt in der irrtümlichen Annahme, die Ware, für die die Wechselsumme als Kaufpreis dienen sollte, schon erhalten zu haben. B verlangt Zahlung aus diesem Wechsel.

in der deutschen Praxis noch nicht genügend zum Durchbruch gelangt ist, daß auch beim Wechsel das Verhältnis zwischen den kausal verbundenen Parteien von dem Verhältnis eines Wechselschuldners zu gutgläubigen Dritten wohl unterschieden werden müsse, so wäre im erstgenannten Fall wie beim Schuldschein die Frage zu stellen, ob der Wechsel nur der Klagerleichterung dienen oder ob durch den mit jenem Wechselakt sich vollziehenden Vertragsschluß eine Feststellung oder Darlehensgewährung im Sinn des § 607 Abs. 2 sich vollziehen sollte. In dem zweiten Fall, der zwar nicht zu vermuten sein wird[330], der aber auch nicht ignoriert werden darf[331], ist auch zwischen den kausal verbundenen Parteien die Verteidigung auf Grund ursprünglich vorhandener Befristung gemäß § 813 ausgeschlossen. Dagegen wäre sie in den übrigen Fällen ebenso zulässig wie gegenüber einem Schuldschein des § 780 oder 781.

Der § 814 enthält zwei verschiedene Bestimmungen. Einmal schreibt er vor, daß das zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden könne, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zu der Leistung nicht verpflichtet war. Die andere Bestimmung geht dahin, daß ebenso nicht soll zurückgefordert werden können, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.

Es fragt sich auch hier zunächst, wann man sagen kann, daß ein Versprechen „zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit“ abgegeben sei. Ein korrekter Sprachgebrauch ist das ja wohl unter keinen Umständen, wie aus den Erörte-

---

330) Noch weniger wird es zulässig sein, in dem Wechselakt ein für allemal eine solche „Novation“ zu sehen.

331) Zu wenig dürfte auf diese Möglichkeit eingegangen werden bei Wieland a. a. O. S. 136 ff.

rungen unseres § 1 hervorgeht. Es handelt sich aber für uns jetzt ausschließlich darum, was das Gesetz, wenn es einmal die Bestimmungen der §§ 814 und 815 auch auf Versprechen mitbeziehen will, darunter verstehen konnte. Da wird denn wohl, wie wir schon bei Besprechung des § 813 vorausgesetzt haben, zu sagen sein, daß alle nach der objektiven Abmachung auf eine vorausgesetzte (sei es vorausgegangene, sei es gleichzeitig begründete) Grundobligation bezogenen Versprechen bezw. Anerkenntnisse unter die Bezeichnung fallen. Zwischen den Fällen, in denen die Parteien ein accessorisches Verhältnis bezwecken und den Fällen, in denen der Gläubiger sich formell nur auf die abstrakte Obligation künftighin soll stützen dürfen, einen Unterschied zu machen, liegt nach dem Wortlaut keinerlei Anlaß vor. Ebensowenig kann nach dem Wortlaut zwischen Klagerleichterungszweck, Feststellungszweck u. s. w. unterschieden werden.

Immerhin könnte jedoch die sachliche Interpretation zu solchen Unterscheidungen führen. Deshalb ist nunmehr auf eine Prüfung einzutreten, inwieweit die Uebertragung der Bestimmungen des § 814 auf solche Versprechensfälle sachgemäße Entscheidungen ergibt.

Im ersten Fall, bei dem bewußten Versprechen einer Nichtschuld, sind vor allem die verschiedenen Zwecke auseinander zu halten, die der Leistende verfolgen kann. Dabei kann zunächst ausgeschaltet werden der Fall, in dem die Parteien durch das Versprechen die Bestätigung eines früheren ungültigen Geschäfts gemäß § 141 Abs. 2 vornehmen. Hier wird durch den formlos gültigen Bestätigungsvertrag eine Grundgeschäftsobligation erzeugt. Es kann also von bewußtem Leisten auf eine Nichtschuld nicht mehr die Rede sein.

Daran schließt sich unmittelbar an der andere Fall, in dem bewußt eine Nichtschuld anerkannt wird auf Grund einer Vergleichskausa. Auch hier wird durch das kausale Vergleichsgeschäft eine Schuld begründet, demgemäß kann

das selbständige Versprechen wiederum nicht als Leistung auf eine Nichtschuld angesehen werden. Für den § 814 bleibt kein Raum.

Ebenso wird es beim Verzicht auf dem Versprechenden bekannte peremptorische Einreden stehen. Man denke z. B. an die Anerkennung einer Kaufpreisschuld trotz Bewußtseins von der Möglichkeit einer Mängelrüge, in der Absicht, auf das Einrederecht Verzicht zu leisten.

Etwas anders liegt es bei den Feststellungsgeschäften und bei der Bestärkung unvollkommener Verbindlichkeiten. Bei diesen kann gerade nur das selbständige Versprechen oder Anerkenntnis, das abgesehen vom Fall des § 350 HGB. an die Schriftform gebunden ist, eine Obligation erzeugen. Insofern kann man, namentlich beim Bestärkungsgeschäft, von einem Versprechen auf Grund einer Nichtschuld sprechen. Beim Feststellungsgeschäft liegt, wenn die Grundobligation nicht in dieser Höhe bestanden hat, mindestens ein Stück „Nichtschuld“ zugrund und die unvollkommene Verbindlichkeit, deren Klagbarkeit durch das Versprechen erreicht werden soll, ist und bleibt Nichtschuld im streng juristischen Sinn. Hier führt nun die Anwendung des § 814 auf diese Versprechen zu einem durchaus angemessenen Resultat. Es könnte sich nur fragen, ob man nicht auch ohne denselben, lediglich auf Grund der §§ 780, 781, zu demselben Ziele gelangen würde, indem man in diese Paragraphen schon den Sinn hineinlegt, daß durch sie solche Feststellungen und Bestärkungen sanktioniert werden sollten.

Jedenfalls bietet jedoch die Heranziehung des § 814 einen weiteren Stützpunkt für die Entscheidung, der bei der Zweifelhaftigkeit jener ersten Frage willkommen ist.

Der § 814 vermag auch zu helfen in den Fällen des Feststellungsgeschäfts, in denen über die Existenz der festgestellten Schuld nur mehr oder weniger starke Zweifel bestehen. Denn immerhin soll ja nach der Parteiabsicht auch

für den Fall des Nichtbestehens das Versprechen binden, und man kann insofern von der bewußten Anerkennung einer reinen Nichtschuld reden[332]).

Einen Hauptgrund für die bewußte Anerkennung einer Nichtschuld wird die einseitige Schenkungsabsicht abgeben[333]). Soweit nun hier die Formvorschrift des § 518 nicht gewahrt ist, hat man das Versprechen nach dem oben Ausgeführten für nichtig zu erklären und zwar auch in dem Fall, in dem die Parteien eine Darlehensbegründung gemäß § 607 Abs. 2 vornehmen wollten[334]). Der § 814 kommt also wiederum nicht in Frage[335]). Wie aber, wenn bei einseitiger Schenkung die gerichtliche oder notarielle Form eingehalten wurde? A, der dem B schenken will, verspricht in notarieller Form eine angebliche Darlehensschuld, die er dem Erblasser gegenüber eingegangen sei, zu zahlen. Ein Schenkungsversprechen ist wegen des mangelnden Konsenses nicht zustande gekommen und es fragt sich nun, ob Bereicherungsklage und Einrede auszuschließen sind, oder nicht. Hier führt ebenfalls der § 814 zum richtigen Ziele. Es wäre nicht angemessen, dem Schenker zu gestatten, bei nachträglicher Aenderung seiner Absicht das indebitum aufzudecken, und den Gegner zu verhindern, jetzt noch die Schenkung zu acceptieren. Würde allerdings der Versprechensempfänger nach Aufdeckung des Sachverhalts sich auf den Standpunkt stellen, geschenkt nehme ichs nicht, aber zurückgeben will ich auch nichts, so würde der Condiktionsanspruch des § 516 Abs. 2 letzter Satz einzugreifen haben. Denn man wird

332) Daß in diesen unter den Begriff des Feststellungsgeschäfts subsumierbaren Fällen der Schenkungsgesichtspunkt auszuschalten ist, wurde oben (Text vor N. 145) ausgeführt.

333) Bei Verabredung einer Schenkung und fingierter Abstellung auf ein schon vorhandenes Schuldverhältnis liegt kein Fall des § 814 vor.

334) S. oben bei N. 76.

335) Dies ist, wie v. Tuhr (a. a. O. S. 7) mit Recht hervorhebt, nicht berücksichtigt bei Planck-André Erl. 2 zu § 780.

grundsätzlich davon ausgehen müssen, daß durch diese Bestimmung der § 814 in allen Fällen, auch in denen der Zahlung, modifiziert werde.

Ob dieses Resultat auch ohne den § 814 erreichbar wäre, ist mindestens zweifelhaft. Vielleicht könnte man dadurch zu helfen suchen, daß man in das Versprechen eine bindende Schenkungsofferte für den Fall der Aufdeckung des Sachverhalts hineinlegt. Allein die Künstlichkeit und Bedenklichkeit dieser Auffassung liegt so klar am Tage, daß doch wohl der Heranziehung des § 814 der Vorzug zu geben sein wird.

Des weiteren steht noch der allerdings seltene Fall zur Betrachtung, daß der Versprechende seinen Gegner durch Anerkennung einer Nichtschuld täuschen oder foppen wollte. Er hat sich von vornherein insgeheim vorbehalten, wenn es an die Zahlung ginge, den Sachverhalt aufzudecken und die Nichtschuld darzutun. Hier würde der § 814 zur Ablehnung der Bereicherungseinrede, mithin zum Erfüllungszwang führen. Es fragt sich, ob dieses Resultat haltbar ist. Zwar kann man aus der Behandlung der einseitigen privatschriftlichen Schenkungsversprechen nicht das Argument ableiten, daß auch in den Täuschungsfällen keine Bindung eintreten dürfe, und man könnte sich positiv zu gunsten des Ausschlusses der Bereicherungseinrede auf die Parallele mit den Grundsätzen der Mentalreservation berufen. Wie bei der letzteren die Aufdeckung der abweichenden inneren Absicht abgeschnitten wird, so müsse hier die Berufung auf das dem Versprechenden bekannte Fehlen der causa unzulässig sein. Gerade in derartigen Fällen lasse die Rechtsordnung es nicht bei einem Ersatz des negativen Vertragsinteresses bewenden, sondern binde den dolosen Kontrahenten an seine Erklärung. Auf der andern Seite erregt jedoch die Vergleichung mit den Grundsätzen des § 817 Bedenken. Hat jemand ein Versprechen abgegeben, dessen Zweck in der Art bestimmt ist,

daß der Versprechende dadurch gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, so ist das Versprechen kondizierbar und die Einrede des § 821 greift Platz. Da könnte es doch angebracht erscheinen, auch in unserem Fall dem Versprechensempfänger keine Anwartschaft auf Erzwingung einer ungerechtfertigten Bereicherung zu eröffnen, sondern ihm nur einen leicht zu begründenden Anspruch auf Ersatz des durch die Täuschung entstandenen Schadens zu gewähren. Man könnte sagen, vom Gesamtstandpunkt unseres BGB. aus sei ein derartiger Erfüllungszwang auf Grund des äußerlich Erklärten, der die Anwartschaft auf eine durch kein anderes Moment gerechtfertigte Bereicherung in sich schließe, nur anzuerkennen, wo er im Gesetz ausdrücklich normiert sei, wie beispielsweise in § 116 und 179. Trotzdem wird es richtiger sein, die Parallele mit der Mentalreservation durchschlagen zu lassen und die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung auszuschließen. Dieses Resultat könnte vermittelst eines Analogieschlusses aus § 116 erreicht werden. Auf einfachem Weg führt aber auch der § 814 zum Ziel[336]). Jedenfalls kann man nicht behaupten, daß seine Anwendung ein unangemessenes Resultat ergebe. — Würde man sich auch für die gegenteilige Meinung entscheiden, daß dem Prinzip des § 817 entsprechend die Einrede zu gewähren sei, so würde daraus noch nichts gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 814 auf die selbständigen Versprechen zu folgern sein. Man könnte alsdann immer noch annehmen, daß die allgemeine Bestimmung durch einen Analogieschluß aus § 817 gekreuzt werde.

Ein letzter Fall ist folgender: Es verspricht jemand,

---

336) Mißlich wird im vorliegenden Fall unter Umständen die Entscheidung, ob ein Versprechen oder Anerkenntnis im Sinn des § 780 oder 781 vorliege oder bloße Ausstellung eines Beweisschuldscheins. Bei derartig dolosem Verhalten wird man im Zweifel zu gunsten der selbständigen Verpflichtung auszulegen haben.

der einen ungültigen synallagmatischen Vertrag abgeschlossen hat, in Kenntnis der Ungültigkeit aber in Erwartung tatsächlicher Erfüllung von der Gegenseite. Hier ist zu unterscheiden. Ging die Erwartung etwa dahin, daß das synallagmatische Geschäft trotz seiner Ungültigkeit ordnungsmäßig zum Vollzug kommen solle, daß etwa bei einem formlos abgeschlossenen Grundstückskauf der Gegner durch seine Auflassung die Nichtigkeit heilen werde, so liegt gar kein Fall, der nach § 814 zu beurteilen wäre, mehr vor. Es sind die Grundsätze der condictio ob rem datorum maßgebend, und zwar auch dann, wenn mit dem Glauben des Gegners an seine obligatorische Gebundenheit gerechnet wurde[337]). Ebenso liegt es, wenn bei dem Versprechen ausdrücklich auf die freiwillige Leistung von der Gegenseite abgestellt wurde, sei es formell, sei es in einem formlosen Nebenvertrag. Anders, wenn nichts derartiges vorlag, insbesondere wenn böse Absicht mit im Spiel, z. B. geplant war, durch das eigene Versprechen den Gegner, der von der Ungültigkeit nichts weiß, ebenfalls zur Leistung zu bewegen und ihn dann etwa durch Flucht ꝛc. um sein Rückforderungsrecht zu bringen. Man denke etwa an den Fall, daß der Wucherer in der geschilderten Absicht ein selbständiges Schuldversprechen abgibt. Wäre hier die Absicht vorhanden, das Versprechen nicht zu erfüllen, indem man sich schlimmstenfalls, d. h. wenn man gefaßt wird, auf das indebitum beruft, so würde ganz dieselbe Situation vorliegen wie in dem zuvor geschilderten Fall des absichtlichen Foppens, und es würde wie oben der § 814 zur Anwendung zu bringen und die Ein-

337) Bei derartigen Geschäften, die im Fall formlosen Abschlusses auf Konvaleszierung gestellt sind, wird man jede Art von Vorleistung als im Hinblick auf die künftige Heilung erfolgt auffassen dürfen. So kann der objektive Sinn der Leistung gedeutet werden. Deshalb braucht der Versprechende, so lange keine Heilung eingetreten ist, nicht zu erfüllen. Ist die Heilung erfolgt, so ist die Leistungspflicht zweifellos. In diesem Fall liegt ja kein indebitum mehr vor.

rede der ungerechtfertigten Bereicherung aus dem Gesichtspunkt des indebitum auszuschließen sein. Allein man wird das Bedürfnis nach dieser Entscheidung auch dann haben, wenn zur Zeit des Versprechens noch die Absicht eigener Erfüllung bestand. Aus dem Gesichtspunkt des indebitum jedenfalls darf die Verpflichtung nicht angefochten werden. Ob etwa auf Grund des Rechts der condictio causa data causa non secuta oder auf Grund des § 817 oder auf Grund allgemeiner in § 812 enthaltener Bereicherungsgrundsätze eine Anfechtung erfolgen könnte, wird noch zu erörtern sein [338]). Zu dem Resultat, daß der Bewucherte seine Leistung zurückerhält und außerdem diejenige des Wucherers eintreibt, wird man ja nicht kommen dürfen.

Wir gelangen zu der zweiten Bestimmung des § 814, daß die Rückforderung ausgeschlossen sein solle, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspreche. Hier sind schon durch die bisherigen Ausführungen erledigt die Fälle, in denen der Versprechende weiß, daß er rechtlich nichts schuldet. Hat man es mit einer sittlichen oder Anstandspflicht eine Schenkung zu vollziehen zu tun, so ist das Versprechen nichtig, wenn nicht die gerichtliche oder notarielle Form eingehalten ist. Handelt es sich dagegen um Pflichten, deren Erfüllung nicht Schenkung ist, die mithin den unvollkommenen Verbindlichkeiten gleichstehen, so begründet das abstrakte Versprechen eine vollgültige Obligation. Eine Anfechtung derselben auf Grund des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung kann nicht stattfinden (wobei es zweifelhaft erscheint, ob man, um zu diesem Ergebnis zu gelangen, überhaupt den § 814 heranzuziehen braucht). Ebenso glatt liegt es bei den Feststellungsgeschäften, die dazu bestimmt sind, Zweifel über die rechtliche Verpflichtung abzuschneiden. Hier muß unbedingt

---

338) S. u. N. 340 u. bei N. 361.

die einfache Schriftform zur Begründung einer klagbaren Obligation ausreichen, sobald in Wirklichkeit ein Feststellungsgeschäft angenommen werden darf. Wie aber, wenn das Versprechen abgegeben wurde schlechthin im Glauben, daß man zur Erfüllung rechtlich verpflichtet sei? Soll man hier in allen Fällen die Anfechtung gemäß § 814 ausschließen? Oder soll man sie ein für allemal zulassen? Oder endlich soll auch hier unterschieden werden zwischen den beiden genannten Arten von sittlichen und Anstandspflichten, so daß man bei sittlicher Pflicht zur Schenkung nur bei Einhaltung der Form zur Unwiderruflichkeit gelangte? An sich würde man wohl unter Festhaltung des in solchen Fällen vorhandenen Klagerleichterungszwecks geneigt sein, die Anfechtung des Versprechens in allen Fällen zuzulassen. Wenn die Parteien nichts anderes wollen, als die Durchführung einer als vorhanden vorausgesetzten Obligation sichern, erscheint es unrichtig, bei Fehlen derselben zur Zahlung zu verurteilen. Der Unterschied gegenüber der Situation nach erfolgter Zahlung liegt auf der Hand. Dagegen kann jedoch eingewandt werden, daß die Feststellung, ob wirklich nur der Gedanke, man sei rechtlich zur Erfüllung genötigt, maßgebend war, in diesen Fällen eine äußerst mißliche ist. Und des weiteren läßt sich geltend machen, daß der Wunsch der Rechtsordnung, die Erfüllung solcher sittlicher Pflichten möglichst zu begünstigen, auch dazu führen kann, die irrtümlich abgegebenen Versprechen für bindend zu erklären. Die Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte müßte dazu führen, in den Fällen der unvollkommenen Verbindlichkeit und den ihnen gleichstehenden Fällen sittlicher Verpflichtung die Anfechtung schlechthin auszuschließen, bei sittlicher Verpflichtung zur Schenkung nur dann, wenn das Versprechen oder Anerkenntnis in gerichtlicher oder notarieller Form abgegeben ist. Bei dieser Regelung würde die psychologische Untersuchung immer erübrigen und es würde auch nicht die Inkonsequenz

entstehen, daß man denjenigen, der im Irrtum handelt, ungünstiger stellt, als den, der freiwillig erfüllen will.

Faßt man alles zusammen, so ergibt sich, daß die Anwendung des § 814 auf die selbständigen Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse innerhalb gewisser Grenzen nicht unangemessen erscheint. Da jene Grenzen sich überall aus dem Eingreifen anderer Rechtssätze oder aus dem Zutreffen von Analogieschlüssen aus solchen ergeben, so ist es möglich, mit der herrschenden Ansicht und unter Anschluß an den Wortlaut des Gesetzes von einer prinzipiellen Uebertragbarkeit auszugehen. Möglich bleibt es indessen auch, nur von einer entsprechenden oder sinngemäßen Anwendung zu reden, wodurch die erwähnten Modifikationen unmittelbar zum Ausdruck gebracht wären.

Auch der § 815, zu dem wir nunmehr gelangen, enthält zwei Bestimmungen. Zunächst schließt er die Rückforderung aus, wenn der Eintritt des mit der Leistung bezweckten Erfolgs von Anfang an unmöglich war und der Leistende das gewußt hat. Sodann soll die Rückforderung auch ausgeschlossen werden, wenn der Leistende den Eintritt des Erfolgs gegen Treu und Glauben verhindert hat.

In beiden Fällen taucht die Frage auf, wann „ein mit der Leistung bezweckter Erfolg" vorliegt. Mehrfach wird die Ansicht aufgestellt, es sei dies nur anzunehmen, wo die Leistung durch Geschäftszweck oder Parteikonsens von einem noch in der Zukunft erwarteten Ereignis in Abhängigkeit gebracht ist[339]. Es fragt sich jedoch, ob man nicht weiter zu gehen hat. An und für sich kann der Paragraph seinem Wortlaut nach auch auf die Fälle mitbezogen werden, in denen unmittelbar mit der Leistung nach Meinung der Par-

339) S. Dernburg Bd. II § 377. Crome II § 319 Z. I.

teien eine Grundgeschäftsbeziehung geschaffen, also z. B. eine Schenkung, eine Ausstattung oder ein Darlehen zustand gebracht werden soll. Auch der Solutionserfolg könnte unter den Gesichtspunkt des „bezweckten Erfolgs" gebracht werden und so dürfte sich sogar die Frage erheben, ob nicht auch die Fälle der condictio indebiti unter § 812 Abs. 1 S. 2 und 815 subsumierbar seien. Bezüglich des § 812 Abs. 1 S. 2 mag dies dahingestellt bleiben. Was den § 815 anlangt, so darf doch wohl nach dem ganzen Zusammenhang und auf Grund der dogmengeschichtlichen Entwicklung angenommen werden, daß er sich auf den durch § 814 geregelten Fall der condictio indebiti nicht mitbeziehen soll [340]). Wie schon wiederholt ausgeführt, hat man die Fälle, in denen gleichzeitig mit der Leistung ein konsensuales obligatorisches Grundgeschäft, z. B. ein Kauf, eingegangen wird, zur causa solvendi zu zählen und daher das Recht der condictio indebiti zur Anwendung zu bringen [341]). Dagegen dürften im Sinne des Gesetzes die Fälle, in denen das obligatorische Kausalgeschäft an eine Form geknüpft ist,

---

340) Die Frage, wie das Verhältnis des § 814 zu 815 zu denken sei, hat wesentlich theoretische Bedeutung. Geht man davon aus, daß der Leistende die Nichtexistenz der zu erfüllenden Obligation gekannt habe, so ist es ja gleichgültig, ob man ihm aus diesem Grund oder weil er gewußt hat, daß der (angeblich) bezweckte Erfolg nicht herbeigeführt werden kann, die Rückforderung versagt. — Eine praktische Frage ist folgende: Kann der Leistende, der die Nichtigkeit des synallagmatischen Grundgeschäfts kennt und dessen condictio indebiti demgemäß kraft § 814 ausgeschlossen ist (s. o. bei N. 337. 338), geltend machen, daß er in der Erwartung tatsächlicher Leistung von der Gegenseite tradiert habe, und demgemäß die condictio ob rem datorum anstellen dürfe? Diese Frage steht jedoch auf anderem Boden als die im Text aufgeworfene. Bei ihr handelt es sich darum, ob neben der Beziehung auf das Grundgeschäft noch eine weitere Zweckbeziehung für das Hilfsgeschäft maßgebend sein kann und wann das der Fall ist. Das darf jedenfalls nur da angenommen werden, wo die weitere Beziehung im objektiven Sinn des Leistungsgeschäfts hervortritt, nicht wo ein geheimer Vorbehalt gemacht ist.

341) Darüber, daß dies nicht unbestritten s. o. N. 43.

wie z. B. beim Schenkungsversprechen, ferner die Fälle, in denen durch die Leistung ein Realkontrakt perfekt gemacht werden soll, nicht unter den Gesichtspunkt der Solution zu ziehen sein[342]). Sie fallen unter die Kategorie der „Leistungen um eines bezweckten Erfolgs willen".

Auf die sämtlichen Fälle nun, die nicht unter den § 814 fallen, wird man r. A. n. den § 815 mitzubeziehen haben. Derselbe ist nicht auf die Fälle der römischen condictio causa data causa non secuta im engeren Sinn zu beschränken. Könnte man sich dazu nicht entschließen, so müßte man eine besondere Gruppe von Bereicherungsklagen annehmen, für deren Behandlung man auf Analogieschlüsse verwiesen wäre.

Für eine engere Auslegung des § 815 könnte allenfalls ins Feld geführt werden, daß seine zweite Bestimmung nur auf die Fälle der Abstellung auf ein zukünftiges Ereignis anwendbar ist. Das ist jedoch nicht durchschlagend. Dagegen spricht schon die Entstehungsgeschichte des Paragraphen. Der § 742 des ersten Entwurfs, der bekanntlich noch mit der Windscheid'schen Voraussetzungstheorie operierte, erwähnte nicht nur die auf ein künftiges Ereignis, sondern auch die auf einen rechtlichen Erfolg gestellte Voraussetzung. Der § 743 Z. 3 sodann schloß die Rückforderung aus, wenn dem Geber die von Anfang an vorhandene Unmöglichkeit der Erfüllung der Voraussetzung bekannt gewesen sei. Bei den Beratungen der 2. Kommission wurden 2 Anträge erörtert, von denen der erste in ganz allgemeiner Weise darauf abstellte, daß bei Nichtverwirklichung des Grunds der

342) Logisch wäre es ohne Zweifel möglich, in den Fällen der Darlehenszahlung den gleichzeitigen konsensualen Abschluß eines pactum de mutuo dando bezw. eines konsensualen Darlehensgeschäfts, das zunächst die Verpflichtung zur Auszahlung hervorbringt, zu supponieren, gerade so wie man das beim Kauf zu tun pflegt, und infolge dessen die Leistung als solutionis causa erfolgt zu betrachten. Allein diese Vorstellungsweise ist nicht die herkömmliche und wie auch die Fassung des § 607 zeigen dürfte, nicht die im Gesetz zugrund gelegte.

Leistung die Rückforderung ausgeschlossen sein solle, wenn dem Leistenden die Unmöglichkeit der Verwirklichung bekannt gewesen sei. Der zweite Antrag ging davon aus, daß zunächst der Fall der Erfüllung einer Verbindlichkeit geregelt werde, um alsdann fortzufahren, daß abgesehen von diesem Fall die Rückforderung auch ausgeschlossen sein solle, wenn der Leistende bei der Leistung die Unmöglichkeit des bezweckten rechtlichen Erfolgs gekannt habe[343]). Dem Sinne nach sollten diese Anträge acceptiert werden. Nur die Formulierung ist eine andere geworden. Gegen die ausschließliche Abstellung auf ein künftiges Ereignis spricht auch das von den Redaktoren herangezogene Beispiel der Leistung condicionis implendae causa[344]). Es lassen sich aber auch entscheidende sachliche Gründe für die Auslegung im weiteren Sinn anführen. Gibt man einmal zu, daß derjenige, der eine Leistung vornimmt als Aussteuer oder Ausstattung für eine künftig zu schließende, wie er weiß, aber unmögliche Ehe, nicht zurückfordern kann, so muß man auch die Rückforderung versagen, wenn jemand etwas als Aussteuer für eine formell abgeschlossene, aber wie ihm bekannt, nichtige Ehe gegeben hat.

Kommt man denn aber nicht, so könnte gefragt werden, bei dieser Auslegung des § 815 zu ganz unhaltbaren Entscheidungen? Müßte dann nicht auch demjenigen, der wissentlich einem Geisteskranken ein Darlehen gegeben hat, oder der versucht hat, mit einem untauglichen Leistungsgegenstand zu erfüllen, die Rückforderung versagt werden, im letzteren Fall auch dann, wenn die richtige Leistung nachträglich erfolgt ist? Solche Entscheidungen würden nur auf einer falschen Auslegung des § 815 beruhen. In den genannten Fällen kann man ja nicht von einer von Anfang

343) S. Prot. Bd. II S. 699.
344) S. Prot. Bd. II S. 701.

an vorhandenen Unmöglichkeit der Herbeiführung des beabsichtigten Geschäftserfolgs sprechen. Es handelt sich nur darum, daß der zunächst eingeschlagene Weg nicht zum Ziel zu führen vermag. Das Darlehen hätte durch Verhandlung mit dem gesetzlichen Vertreter, die Erfüllung durch Lieferung des richtigen Gegenstands zustand gebracht werden können, und auch jetzt noch ist es möglich, diese Erfolge herbeizuführen [345]).

Hat man demgemäß den § 815 auf die Fälle des durch die Leistung unmittelbar herbeizuführenden Erfolgs (mit Ausnahme der durch den § 814 gedeckten Fälle) mitzubeziehen, so ergeben sich bei einer Gesamtübersicht über das Anwendungsgebiet desselben folgende Gruppen: 1) Es soll gemäß der getroffenen Verabredung vermittelst der Leistung entweder sofort oder mit dem Hinzutreten weiterer Ereignisse eine bestimmte Grundgeschäftsbeziehung zwischen den Parteien zustand gebracht werden, wie z. B. bei der Hingabe (sei es Besitz- oder Eigentumsübertragung) von Gegenständen als Darlehen, Schenkung, Ausstattung des § 1624 oder zum Zweck eines künftig zu schließenden synallagmatischen Vertrags oder einer eventuell zu genehmigenden negotiorum gestio. 2) Das der Leistung zugrund liegende Kausalgeschäft ist seinerseits entweder ausdrücklich oder stillschweigend von einer echten oder unechten Bedingung abhängig gemacht, von der der Leistende weiß, daß sie nicht in Erfüllung gehen kann, bezw. daß sie nicht zutrifft. So z. B. bei den Schenkungen unter der Bedingung einer zu schließenden oder bestehenden Ehe (z. B. Brautgeschenke, Aussteuern, Ausstattungen) oder bei Zuwendungen, seien es Schenkungen, seien es Zahlungen, unter der Bedingung, daß der Leistende da-

345) In dem letzteren Fall wird man allerdings das Bedürfnis haben, die Rückforderung so lange auszuschließen, als die richtige Leistung noch nicht erfolgt ist. Dieses Resultat ist jedenfalls schon mittelst eines Retentionsrechts nach § 273 Abs. 1 zu erreichen.

mit einer ihm gesetzten Bedingung genüge [346]).

Speziell an die zweite Gruppe von Fällen haben die Mitglieder der zweiten Kommission bei Beratung des § 815 gedacht [347]). Ihre Beispiele sind noch etwas eingehender zu betrachten.

Im Fall der Gewährung einer Aussteuer für eine, wie der Gewährende weiß, unmögliche Ehe [348]) liegt der Ausschluß des Rückforderungsrechts auf der Hand, wenn nicht durch ausdrückliche Abmachung ein solches ausbedungen ist. Ist der Zuwendende ein Dritter, d. h. keiner der beiden Elternteile, so fällt seine Zuwendung unter den Gesichtspunkt der Schenkung. Die Schenkung kann nun ausdrücklich vom Zustandekommen bezw. Bestand der Ehe abhängig gemacht werden. Alsdann ist die Rückforderung vertragsmäßig begründet und könnte nur bei turpitudo dieses pactum ausgeschlossen werden. [349]). Abgesehen davon ist sie auch begründet für den Fall der Kenntnis der Unmöglichkeit. Ist dagegen die Zuwendung nicht in dieser Weise vom Zustandekommen oder vom Bestand der Ehe ab-

346) Ob hierher auch der Fall der Schenkung unter Auflage gerechnet werden darf, mag zweifelhaft erscheinen. Crome II § 319 nimmt hier ein gesetzlich angeordnetes Rücktrittsrecht und auf Grund ausgeübten Rechts eine condictio ob causam finitam an, und schließt somit das Recht der condictio ob causam datorum aus. Dagegen läßt sich einwenden, daß der § 527 nicht ausdrücklich ein Rücktrittsrecht anordnet, sondern nur die Voraussetzungen der von ihm eingeräumten Bereicherungsrückforderung wie beim Rücktrittsrecht bestimmt. Jedenfalls ist in dem betreffenden Fall ebenso zu verfahren, wie in den zweifellosen Fällen der condictio ob causam datorum.

347) S. Prot. II S. 701.

348) Die Redaktoren nennen nur das Versprechen einer Aussteuer für eine in Zukunft abzuschließende Ehe. Es ist jedoch klar, daß die zur Anwendung gebrachte Argumentation auch gelten müßte, wenn die Aussteuer gezahlt wird, und wenn die betreffende Ehe schon in ungiltiger Weise abgeschlossen ist.

349) S. auch Dernburg § 377 N. 8, der freilich zunächst von dem 2. Fall des § 815 und von einem bloßen Versprechen ausgeht.

hängig gemacht, so besteht sie als Schenkung zu recht trotz Unmöglichkeit der Ehe. Hat nun der Zuwendende die Unmöglichkeit gekannt, so wird die Auslegung trotz des Gebrauchs von Ausdrücken, wie: „ich gebe das zur Aussteuer oder als Mitgift", in dubio nicht zu dem Resultat kommen, daß eine Abhängigkeit der Schenkung von dem Zustandekommen der Ehe verabredet sei [350]). Dies würde sich auch ohne den § 815 ergeben. — Ist der Zuwendende ein Elternteil, so greift allerdings eine eigenartige Kausalbeziehung ein. Das Zugewandte ist nicht Schenkung (1624). Der Ausschluß der Rückforderung, der ebenso angezeigt ist, wie bei der Zuwendung Dritter, wird sich hier aus § 815 ergeben [351]). Dasselbe gilt für die einem Sohn von einem Elternteil im Hinblick auf seine Verheiratung gewährte Ausstattung.

Noch komplizierter gestaltet sich das andere von den Redaktoren herangezogene, aber gewiß nicht in allen seinen Verzweigungen durchdachte Beispiel. Es hat jemand, um einer ihm in einem ungültigen Testament, dessen Ungültigkeit er kennt, gestellten Bedingung zu genügen, einem Dritten gezahlt. Auch hier ergibt sich in einer Reihe von Fällen, wie Jung [352]) mit Recht ausführt, die Rückforderung dem Dritten gegenüber nur aus dem Recht der entwickelten oder unentwickelten Bedingung. Das Verhältnis des Leistenden zum Leistungsempfänger, die eigentliche Causa der Zuwendung, kann sehr verschiedenartig sich gestalten. Es kann sein, daß der Versprechende eine Schuld des Erblassers oder seine eigene Schuld erfüllt, oder daß er dem Dritten, jener Bedingung gemäß, ein Darlehen gibt.

---

350) Ob es beim Versprechen zukünftiger Leistung anders liegt, wird später noch zu prüfen sein.

351) Obwohl die Aussteuer bei giltiger Eheschließung bis zu einem bestimmten Betrag Pflicht des Elternteils sein kann, dürfte doch wohl nicht der Gesichtspunkt der condictio indebiti und mithin des § 814 entscheidend sein.

352) Jung, Die Bereicherungsansprüche S. 82 ff.

Es kann sich ferner um eine Schenkung des Zuwendenden an den Dritten handeln, die dem ersten durch Testamentsbedingung auferlegt ist.

In allen diesen Fällen kann die Zuwendung an den Dritten nur rückgängig gemacht werden, wenn dieselbe durch eine (unechte) Bedingung von der Gültigkeit jener Testamentsbestimmung abhängig gemacht war.

Handelt es sich um Schenkungen, so dürfte auch das Recht der unentwickelten (d. h. nicht ausdrücklich formulierten) Bedingung eine Rolle spielen, aber wiederum nur dann, wenn der Zuwendende an die Gültigkeit der Testamentsbestimmung glaubte.

Nun wird aber im Gegensatz zu Jung davon auszugehen sein, daß diese bisher betrachteten Fälle durchaus nicht die Regel bilden, daß vielmehr gewöhnlich eine andere Situation gegeben ist. Regelmäßig wird der Erblasser dem Dritten (unter Umständen, wenn es sich um Zahlung oder Schuld eines Vierten an den Dritten handelt [353]), auch jenem Vierten) eine letztwillige Zuwendung machen wollen in gleicher Weise, wie wenn er eine weitere Vermächtnis- oder Auflageverfügung in sein Testament eingesetzt hätte. Wie nun (arg. § 2187) das Gesetz solche Vermächtnisse und Auflagen von der Gültigkeit und dem Ausreichen des ersten Vermächtnisses abhängig macht, so wird auch bei der Zuwendung mittelst Bedingung eine solche Abhängigkeit anzunehmen sein. Außerdem muß aber die Zuwendung auch durch die Gültigkeit jener in der Bedingung enthaltenen testamentarischen Verfügung selbst bedingt erscheinen, so daß bei Ungültigkeit des ganzen Testaments auch aus diesem Grund an sich eine Rückforderung der Zuwendung begründet sein würde. Formell würde allerdings wegen des Feh-

353) In diesem Fall wird es sich darum handeln, ob der animus des Testators wie beim legatum debiti oder wie beim legatum liberationis gestaltet ist.

lens einer Verpflichtung die Rückforderung als condictio ob causam datorum und nicht als condictio indebiti erscheinen. Klar ist aber, daß sie mit der im Falle des zweiten Vermächtnisses oder der Auflage eintretenden condictio indebiti vollständig parallel gehen [354]), daß also, soweit dort der § 814 zum Ausschluß der Rückforderung führen würde, hier dasselbe Resultat mittelst des § 815 erreicht werden muß.

Zu beachten ist nur, daß bei allen derartigen Zuwendungen auf Grund testamentarischer Anweisung der Fall auch so liegen kann, daß trotz Kenntnis von der Ungültigkeit des Testaments die eigene Obliegenheit erfüllt wird im Gedanken, der Erbe werde ebenfalls dem Willen des Erblassers willfahren und die Ungültigkeit nicht geltend machen. In diesem Fall wird der auf Grund testamentarischer Bedingung Zuwendende trotz seiner Kenntnis zu schützen sein, mindestens wenn sein Glaube an die tatsächliche Aufrechterhaltung der testamentarischen Bestimmungen ein gerechtfertigter war.

Es fragt sich nunmehr, inwieweit die zunächst auf die datio berechnete Bestimmung auch auf die promissio übertragen werden kann. Daß die Redaktoren von einer Uebertragbarkeit ausgegangen sind, zeigen schon die bisher zitierten Stellen der Materialien.

Zunächst aber nochmals die Frage: Gibt es überhaupt selbständige Schuldversprechen zum Zweck der Herbeiführung eines Erfolgs? Obwohl wir nach dem oben in § 1 und 3 (je am Ende) Ausgeführten diese Begriffsbildung vom dogmatischen Standpunkt aus nicht für glücklich halten und glauben, daß man zu einer klareren Erkenntnis der selbständigen Schuldverträge gelangt, wenn man sie sich lediglich als sichernde bestärkende oder modifizierende Hilfsgeschäfte

---

354) In dem dem legatum liberationis entsprechenden Fall hätte sich die Rückforderung gegen den debitor und nicht gegen den Dritten, an den gezahlt ist, zu richten.

denkt, die zu bestimmten entweder selbständig klagbaren oder durch die Hilfsgeschäftsobligation absorbierten Grundobligationen hinzutreten, und obwohl wir es insbesondere abgelehnt haben, von einem Geschäftszweck der materiellen Schuldbegründung zu reden, so muß doch im Sinn der Gesetzesterminologie die Frage Beantwortung finden, welche Fälle unter die Rubrik „Versprechen zum Zweck der Herbeiführung eines Erfolgs" gebracht und damit dem § 815 unterstellt werden können.

Offenbar ist hier einfach die Parallele mit den Erfüllungsleistungen entscheidend. Ein Versprechen ist zur Herbeiführung eines Erfolgs bestimmt, wenn durch das Versprechen eine sofort entstehende Grundgeschäftsbeziehung, die nicht daneben eine selbständig klagbare Obligation erzeugt, gedeckt werden soll. So wenn das selbständige Versprechen eine Schenkungs-, Ausstattungs-, Feststellungsobligation in sich schließt. Ferner liegt unser Fall vor, wenn zu der durch das selbständige Versprechen geschaffenen Obligation erst später eine Grundgeschäftsbeziehung, die auch eine selbständig klagbare Obligation erzeugen kann, hinzutreten soll. Z. B. wenn eine selbständige Schuldverpflichtung in Erwartung der Darlehensvaluta oder in Erwartung eines nachträglich um den betreffenden Preis abzuschließenden Kaufs eingegangen wird. Eine Bereicherungsanfechtung der selbständigen Obligation ist hier immer gegeben, wenn die Grundgeschäftsbeziehung nicht zustande kommt. Ein spezieller Fall ist der, daß die Grundgeschäftsbeziehung, die ihrerseits von einem weiteren Umstand in resolutiv oder suspensiv bedingter Weise abhängig gemacht war, ausfällt, weil die Bedingung in entgegengesetzter Richtung sich entscheidet. So z. B. beim selbständigen Versprechen zum Zweck der Ausstattung von seiten eines Dritten.

Nicht in allen den genannten Fällen kann es sich nun um eine Anwendbarkeit des § 815 1. Satz handeln. Bei

Ausstellung einer Schuldverschreibung in Erwartung der Darlehensvaluta kann das Wissen von der Unmöglichkeit, das der § 815 voraussetzt, niemals vorhanden sein. Daß das einem Minderjährigen unter diesen Umständen ausgestellte Versprechen nicht unter diesen Gesichtspunkt fällt, ergibt sich aus dem oben Ausgeführten. Anders bei Erwartung eines abzuschließenden Kaufs. Hier könnte der Versprechende wissen, daß die zu verkaufende Sache schon untergegangen ist, und das Versprechen abgeben, um den Gegner dolos im Vertrauen, daß seine eigene Kenntnis nicht zu Tage tritt, zu einer Zahlung des negativen Vertragsinteresses gemäß § 308 zu veranlassen. Dieser Fall würde ebenso zu behandeln sein, wie der oben bei Besprechung des § 814 erwähnte, in dem jemand auf Grund eines vorangegangenen oder gleichzeitig abgeschlossenen ungültigen Kaufvertrags abstrakt verspricht, um den Gegner zur Gegenleistung zu bewegen. Auch hier würde also die condictio ob causam datorum auszuschließen und höchstens an eine Kondiktion aus allgemeinen Bereicherungsgrundsätzen zu denken sein.

Die Hauptfälle, in denen die Anwendung des § 815 in Frage kommt, werden dort zu suchen sein, wo die dem Versprechen zugrund liegende Kausalbeziehung von weiteren, wie der Versprechende weiß, unmöglich eintretenden Umständen abhängt.

Dahin gehört insbesondere das in den Protokollen erwähnte Versprechen zum Zweck einer Aussteuer oder Mitgift. Hier tritt noch deutlicher als bei der Zahlung die Möglichkeit hervor, das Zustandekommen der Ehe zur Bedingung des Versprechens zu erheben. Geht das Versprechen von einem Dritten aus, so muß unter allen Umständen wegen des Schenkungszwecks die gerichtliche oder notarielle Form gewahrt sein. Ist nun, — dieser Fall kommt für uns allein in Betracht [355]) — ohne Deklaration der Schenkungskausa

355) Zu beachten ist, daß ein direkt auf Aussteuer oder Mitgift gestelltes Versprechen eines Dritten gar kein selbständiges Schuld-

versprochen, so ist zu unterscheiden, ob die Ehe zur Bedingung des Geschäfts erhoben ist, oder nicht. Im 1. Fall, wenn also z. B. das Versprechen lautet: „Der X verspreche ich, wenn sie den Y heiratet, 5000 Mk. zu zahlen", so ist die Zahlung jedenfalls von der standesamtlichen Trauung abhängig gemacht. Erfolgt diese nicht, so ist nichts zu zahlen, auch wenn der Versprechende die Unmöglichkeit der Ehe gekannt hat. Ob zu zahlen ist, wenn getraut wird, die Ehe aber wegen eines dem Versprechenden bekannten Nichtigkeitsgrunds nicht zustand kommt, könnte zweifelhaft sein. Indessen wird hier die Auslegung doch wohl zum Nachteil des Versprechenden ausschlagen, und es ist damit Raum für den § 815 gegeben. Jedenfalls aber greift derselbe ein, wenn, was namentlich bei schon vollzogener Trauung zutreffen wird, pure versprochen wird.

Etwas anders gestaltet sich die Sachlage beim Versprechen eines Elternteils. Zwar sind die Fälle indiskreten Versprechens und ausdrücklich gestellter Bedingung hier ebenso zu beurteilen, wie bisher erörtert. Es kommt jedoch in Betracht, daß sowohl Fixierungen der gesetzlichen Aussteuerpflicht als die Schaffung klagbarer Ausstattungspflichten unter den Gesichtspunkt des selbständigen Schuldversprechens fallen und nach § 780 zu behandeln sind[356]), auch wenn das Versprechen die Kausalbeziehung bezeichnet[357]). In diesen

---

versprechen, sondern ein einfaches Schenkungsversprechen darstellt, bei dem nur ganz unabhängig von dem Recht der abstrakten Schuldverträge die Frage auftaucht, inwiefern es als durch die Eheschließung bedingt erscheint. Das Recht der selbständigen Schuldversprechen und mithin des § 815 kann also erst zur Anwendung kommen, wenn in irgend einer Weise versprochen wird, die den Kausalcharakter nicht hervortreten läßt.

356) S. o. § 3 bei N. 156.

357) An sich liegen ja in beiden Fällen Versprechen kausaler Natur vor und nur durch die eigentümliche Begriffsbildung des BGB. werden dieselben den selbständigen Schuldversprechen unterstellt.

Fällen nun greift die Interpretationsfrage ein, ob durch die Worte: ich verspreche zur Aussteuer oder als Ausstattung zum Zweck deiner Verheiratung, die Auszahlung von der standesamtlichen Eheschließung abhängig gemacht ist. Die Frage wird zu bejahen sein, so daß also der kupplerische Elternteil trotz des § 815 nicht zur Zahlung genötigt werden kann, wenn die Ehe nicht geschlossen wird. Dagegen würden sich Vater oder Mutter wiederum nicht auf die Ungültigkeit der geschlossenen Ehe berufen können, wenn sie diese Ungültigkeit gekannt haben.

Was endlich die Versprechen anlangt, die condicionis implendae causa gegeben werden, so sind ganz dieselben Unterscheidungen zu machen, die wir bei den Zahlungen kennen gelernt haben. Sind ausdrücklich Bedingungen formuliert, so sind dieselben maßgebend, auch wenn der Versprechende die Unmöglichkeit oder Unerfüllbarkeit gekannt hat. Ist ohne Klausel ein selbständiges Schuldversprechen abgegeben [358]), so wird sowohl in dem Fall, in dem sich das Versprechen als Schenkung darstellt, die ein Testator zur Bedingung einer letztwilligen Zuwendung erhoben hat, als in dem Fall, in dem das Versprechen als Ausführung einer weiteren letztwilligen Zuwendung des Erblassers gedacht ist, Raum für die Anwendung des § 815 entsprechend wie bei § 814 gegeben sein. Bei vorhandener Schenkungskausa muß natürlich wiederum, wenn das Versprechen überhaupt verbindlich sein soll, die gerichtliche oder notarielle Form gewahrt sein. In allen Fällen wird wie bei der Zahlung die Erwägung eingreifen, ob nicht der beim Versprechenden vorhandene Glaube an die tatsächliche Aufrechterhaltung der Testamentsbestimmung zu schützen ist.

Der Umkreis, der durch die 2. Bestimmung des § 815

358) Die Fälle der kausal gefaßten Versprechen, z. B. Schenkungsversprechen, scheiden auch hier für unsere Betrachtung aus.

getroffenen Fälle ist ein viel beschränkterer, da es sich hiebei nur um einen nachträglich eintretenden Erfolg und dessen Vereitelung handeln kann. Auch hier aber ergeben sich gewisse Schwierigkeiten hinsichtlich der Fälle, in denen das Zustandekommen des Kausalgeschäfts, das bei Abgabe des selbständigen Versprechens erwartet wurde, verhindert wird. Wer ein Schuldversprechen in Erwartung eines an ihn auszubezahlenden Darlehens abgegeben hat und alsdann die angebotene Darlehensvaluta grundlos ausschlägt, wird höchstens zur Zahlung der verabredeten Zinsen, nicht aber zur Auszahlung der Darlehenssumme selbst genötigt werden können. Dies ist jedoch mit der prinzipiellen Anwendbarkeit des § 815 auf derartige Fälle wohl vereinbar. Denn hier ist die Besonderheit gegeben, daß wenn der Versprechende bereit ist, Zinsen zu zahlen, die Empfangnahme und Rückzahlung des Geldes nicht von ihm verlangt werden, insofern also von einem wider Treu und Glauben Handeln nicht mehr die Rede sein kann. Wer dagegen im voraus den Kaufpreis zugesandt oder versprochen hat und hernach vor Abschluß des Kaufvertrags die Kaufsache zerstört, um das Zustandekommen des Kaufs zu verhindern, wird nicht nur auf Schadensersatz haften. Es wird vielmehr auch möglich sein, den Kaufpreis unter Bezugnahme auf § 815 verfallen zu lassen. Dieses Resultat steht im Einklang mit dem Grundsatz des § 324.

Weiter findet die 2. Bestimmung des § 815 Anwendung auf die Fälle, in denen das Kausalgeschäft seinerseits im Sinn der Verabredung in Abhängigkeit von dem Zutreffen weiterer Ereignisse steht. Hier enthält der § 815 lediglich eine Uebertragung des Prinzips des § 162 auf die unentwickelte Bedingung. Wenn eine Aussteuer oder Ausstattung abstrakt im Hinblick auf eine zu schließende Ehe gegeben oder versprochen ist und der Zuwendende vereitelt, um seine Zuwendung rückgängig machen zu können, das

Zustandekommen derselben, so ist § 815 am Platz. Wäre eine ausdrückliche Bedingung auf das Zustandekommen der Ehe gestellt, so würde § 162 funktionieren. Und zwar ist kein Grund ersichtlich, warum das Versprechen anders behandelt werden sollte als die Zahlung [359]).

Nimmt man schließlich noch den Fall, daß nach Vollzug oder Versprechen einer durch testamentarische Bedingung auferlegten Leistung das zugrund liegende Vermächtnis vom Zuwendenden ausgeschlagen wird, um die Revokation seiner Zuwendung zu ermöglichen, so wird ebenfalls an der Anwendbarkeit des § 815 kein Zweifel bestehen. Die gleichmäßige Anwendbarkeit der Bestimmung auf reale Leistungen und Versprechen unterliegt auch hier keinem Bedenken.

In allen den besprochenen Fällen taucht noch die Frage auf, wann ein Verhindern gegen Treu und Glauben angenommen werden kann. In dieser Beziehung mag es genügen, auf die m.s E.s richtigen Ausführungen von K. Schneider zu verweisen [360]). Das Gesamtresultat, zu dem wir bezüglich des § 815 gelangen, wäre also wiederum: sinngemäße Uebertragbarkeit auf die selbständigen Schuldverträge.

Daß der § 817 sich auf die abstrakten Verträge mitbeziehen will, steht außer Zweifel. Hebt er ja doch den Fall, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand, ausdrücklich hervor. Es fragt sich nur, ob für eine solche Anwendbarkeit gerade bei den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen der §§ 780 und 781 Raum ist, ob nicht in allen Fällen, in denen der Paragraph auf diese Anwendung finden könnte, Nichtigkeit des Versprechens oder Anerkenntnisses Platz greift. Stellen wir diese Frage zu-

359) Diese Meinung scheint Dernburg Bd. II § 377 N. 8 zu vertreten.

360) K. Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB. S. 154. S. auch v. Mayr, der Bereicherungsanspruch S. 534.

nächst noch einmal zurück — sie soll im folgenden Paragraphen ihre Behandlung finden — und setzen wir einmal voraus, daß es ein Anwendungsgebiet des § 817 innerhalb der auf eine turpis vel injusta causa gegründeten abstrakten Forderungsrechte gibt, so würde dessen Handhabung in den genannten Fällen keine besondere Schwierigkeit bereiten. Die Anfechtbarkeit des Versprechens aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung soll sowohl bei einseitiger turpitudo des Gläubigers als bei beiderseitiger turpitudo vorliegen. Ob es auch Fälle gibt, in denen einseitige turpitudo des Versprechenden anzunehmen wäre, ist bestritten. In dem Hauptfall, an den hier gedacht zu werden pflegt, bei dem Versprechen des Wucherers, wird jedoch r. A. n. keine Zweckbestimmung gegen die guten Sitten angenommen werden dürfen, und deshalb sowohl die Nichtigkeit als die Kondizierbarkeit des Versprechens nach § 817 auszuschließen sein. Das Wucherverbot kann nicht dahin führen, daß das Versprechen des Wucherers schlechthin kondizierbar bleibt. Kann z. B. der Bewucherte seine Leistung nicht zurückerhalten oder hat er sonst einen Grund, bei dem Wuchergeschäft stehen zu bleiben, so besteht das Bedürfnis, das Versprechen des Wucherers, für das vielleicht Sicherheiten bestellt sind, realisierbar bleiben zu lassen. Nur wenn der Bewucherte seine Leistung behält oder zurückerhält, darf er nicht außerdem auch die Leistung des Wucherers lukrieren. Dies erreicht man durch eine Kondiktion aus § 812, die sich auf den Sinn des Verbotsgesetzes, daß der Bewucherte nicht auf Kosten des Wucherers bereichert werden soll, gründet. Der letzteren Kondiktion muß der Bewucherte dadurch entgehen können, daß er auf seine Rückforderungsrechte (eventuell seine Vindikationen) verzichtet oder sich zur eigenen Leistung bereit erklärt. Dadurch zerstört er die Basis des gegnerischen Rechts, das nur darauf abzielt, die ungerechtfertigte Bereicherung des Bewucherten auf Grund des nichtigen Wucherge-

schäfts zu verhindern [361]).

Einer Klarstellung bedarf noch das Verhältnis des § 817 zu 814 und 815. Wo nach § 817 Kondizierbarkeit bestünde, da dürfte sie nicht aus dem Gesichtspunkt des § 814 oder 815 ausgeschlossen werden. In der Regel wird derjenige, der eine unter den § 817 fallende Obligierung eingeht, sich bewußt sein, daß für ihn eine Schuld nicht besteht, bezw. daß das bezweckte Kausalgeschäft nicht gültig zustand kommen kann. In diesem Fall kann er zwar nicht aus dem Gesichtspunkt der condictio indebiti oder condictio ob causam datorum, wohl aber auf Grund des § 817 Kondiktion und Einrede gegen sein Versprechen begründen. Das Gesetz ordnet in § 817 exklusiv, wie bei den negotia turpia die Rückforderungsrechte auf Grund des Bereicherungsgesichtspunkts sich gestalten sollen, und stellt das Prinzip auf, daß wer nicht realiter geleistet hat, auch nicht zur Leistung solle genötigt werden können. Würde man nun in allen Fällen, in denen den Parteien die Ungültigkeit des negotium turpe bekannt ist, den Schuldner doch auf Grund von § 814 oder 815 zur Zahlung nötigen, so würde man jenes Prinzip wieder beseitigen. — In gleicher Weise steht die im vorhergehenden geschilderte Bereicherungsanfechtung, welche geltend macht, daß aus dem nichtigen Wuchergeschäft nicht der Bewucherte bereichert werden darf, unabhängig von § 814 und 815.

---

361) Die Anordnung der Nichtigkeit des Wuchergeschäfts ohne einseitige Bestätigungsmöglichkeit des Bewucherten war ein gesetzgebungspolitischer Fehler. Auf dem im Text angegebenen Weg können die schlimmsten Folgen dieses Fehlers beseitigt werden. Mit dem Wortlaut des Gesetzes ist diese Auslegung verträglich. Wer die Wuchererleistung schlechthin aufrecht erhält, kommt zu ebenso praktisch unbrauchbaren Resultaten wie derjenige, der sie für nichtig oder schlechthin kondizierbar erklärt. Ueber die richtige Auffassung s. namentlich Eccius in Bd. 8 der Juristenzeitung S. 41. 42 (gegen Neubecker ebenda Bd. 7 S. 570).

Während im bisherigen von der Verteidigung des Schuldners mittelst Bereicherungseinrede ausgegangen, jedenfalls die Frage, inwieweit der angriffsweise Schutz jener Verteidigung parallel geht, nicht ausdrücklich aufgeworfen wurde, ist nun auch diese Seite noch einer kurzen Betrachtung zu unterziehen.

Aus der Heranziehung des Gesichtspunkts der ungerechtfertigten Bereicherung bei der Behandlung der kausalosen abstrakten Schuldverträge durch das BGB. ergibt sich, daß dem Schuldner im Fall des Kausamangels eine Liberationskondiktion, gerichtet auf ausdrückliche Befreiungserklärung und Herausgabe des Schuldscheins eingeräumt werden muß [362]). Diese Liberationskondiktion richtet sich zunächst gegen den ursprünglichen Kontraktsgegner, bei dem die ungerechtfertigte Bereicherung eintritt.

Wie steht es nun aber im Falle der Veräußerung des Forderungsrechts durch Cession? Hier gelangt man zu Schwierigkeiten. Nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts geht die Kondiktion gegen dritte Erwerber des Gegenstands der Bereicherung, also auch gegen Cessionare eines Forderungsrechts nur bei unentgeltlicher Zuwendung, die den Zuwendenden selbst von der Bereicherungshaftung befreit (§ 822). Demgegenüber können, wie wir sahen, die Einreden auf Grund des Kausamangels gegen den Cessionar regelmäßig ebenso wie gegen den ursprünglichen Gläubiger geltend gemacht werden. Dies ist zweifellos ein Mangel an Uebereinstimmung, der nicht beseitigt werden kann, den wir vielmehr in Kauf nehmen müssen. Praktisch werden sich daraus freilich keine Uebelstände ergeben; denn es wird keinem Bedenken unterliegen, dem Schuldner gegen den Cessionar eine Feststellungsklage zu geben, durch die er ebenfalls Schutz für die Zukunft erhält [363]).

---

362) S. auch Hellwig Anspr. u. Klagrecht S. 14.

363) So auch v. Tuhr a. a. O. S. 11.

Ob man sich die Feststellungsklage denkt als eine negative, gerichtet auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderung oder als positive, gerichtet auf Feststellung des Einrederechts[364]), dürfte wohl praktisch auf dasselbe hinauslaufen. Unter allen Umständen muß das Feststellungsurteil dazu führen, daß das Forderungsrecht in künftigen Prozessen nicht als ein Durchführbares behandelt werden kann. Ein nach § 821 mit Einrede behaftetes Forderungsrecht ist ja wie ein nicht existentes zu behandeln, die Einrede braucht vom Einredeberechtigten nicht besonders geltend gemacht zu werden. Sobald daher die Behaftung mit der genannten Einrede rechtskräftig feststeht, darf das später erkennende Gericht einer Klage aus dem Forderungsrecht nicht mehr Folge geben.

Diese Feststellungsklage muß angenommen werden, auch wo die condictio liberationis gegeben ist, der Schuldner hat alsdann die Wahl zwischen den beiden Möglichkeiten des Vergehens. Mit der condictio liberationis erreicht er insofern mehr, als dieselbe ohne weiteres auch auf Herausgabe des Schuldscheins sich mitbezieht. Es fragt sich indessen, ob nicht nach durchgeführter Feststellungsklage ebenfalls Rückgabe oder Vernichtung des Schuldscheins begehrt werden kann. Freilich wird dem Schuldner der Schein nach durchgeführter Feststellungsklage in der Regel keinen bedeutenden Schaden mehr bringen können, aber immerhin könnte ihm die Gefahr drohen, in überflüssige Prozesse von seiten eines Erben oder etwaiger Cessionare verwickelt zu werden.

Unmöglich wäre es wohl nicht, daß die Praxis auch hier einen lediglich auf den § 812 gestützten Bereicherungsanspruch entwickelte. Man wird ihr ein solches Vorgehen nur anempfehlen können.

---

364) Nach Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 423 sind Feststellungsklagen in Bez. auf Recht des rechtlichen Könnens möglich. Zu ihnen können auch die Einrederechte gezählt werden.

Eine weitere Frage, die an dieser Stelle entsteht, ist von v. Tuhr behandelt worden[365]). Kann, wenn Cession erfolgt ist, der Versprechende statt abzuwarten, bis der Cessionar klagend vorgeht, und ihn dann mit der Einrede abzuschlagen, oder statt gegen den Cessionar die erwähnte negative Feststellungsklage zu richten, den Cedenten auf Herausgabe des Werts dieser Forderung belangen[366])? Daran könnte er immerhin ein Interesse haben, weil der Cessionar zur Zeit nicht auffindbar, ihm gegenüber also keine Sicherheit für die Zukunft zu erlangen ist. Trotzdem wird man sich der v. Tuhr'schen Meinung anzuschließen haben, daß eine solche Klage nicht zu gewähren sei, weil in Wirklichkeit eine Bereicherung des Cedenten auf Kosten des cessus nicht stattgefunden hat, wenn der letztere sich durch Einrede gegen den Cessionar verteidigen kann und dieser alsdann nach § 437 gegen den Cedenten Regreß zu nehmen berechtigt ist. Dies harmoniert auch mit dem Gedanken des § 816, der doch ebenfalls nur dann eine Klage gegen den über ein fremdes Recht Verfügenden gewährt, wenn die Verfügung wirksam ist[367]).

---

365) A. a. O. S. 10 u. 11.

366) v. Tuhr spricht von einer Klage auf Herausgabe nicht des Werts, sondern der Cessions valuta. Auf § 812 ließe sich das wohl nicht stützen. Denn was man durch Veräußerung eines Rechts erwirbt, ist nicht „auf Grund desselben" erlangt. Es käme also an sich nur der § 818 Abs. 2 modifiziert durch Absatz 3 in Betracht, und demnach könnte nur der Wert begehrt werden. (S. darüber auch v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürg. Rechts S. 612. 613.) Eine Klage auf Herausgabe der Cessionsvaluta ließe sich nur auf eine Analogie aus § 816 gründen, diese trifft jedoch zweifellos nicht zu, da ja § 816, wie sofort im Text auszuführen, Wirksamkeit der Verfügung voraussetzt. (Auf die Frage, ob und inwieweit der § 816 hinsichtlich des Gegenstands der Herausgabe Abweichendes vom § 818 anordnet, kann hier nicht näher eingegangen werden.)

367) Auch das wird von v. Tuhr S. 10 N. 19 zutreffend hervorgehoben. Würde man im Fall des § 816 dem durch die Verfügung über sein Recht Beeinträchtigten die Befugnis einräumen, eine unwirksame Verfügung durch seine Bestätigung wirksam zu machen und darauf-

Ein Schutz des cessus gegen entstehende Unsicherheit ist gegeben, wenn der Cedent durch die Veräußerung ein Delikt gegen den cessus begeht und infolgedessen diesem zum Schadensersatz verpflichtet wird. Der Schadensersatzanspruch würde in den betreffenden Fällen auf Sicherstellung gehen[368]).

Hat freilich der ursprüngliche Gläubiger in einer Weise veräußert, daß dem Erwerber des Forderungsrechts gegenüber die Einrede wegfällt, wie wir es z. B. in Fällen der Simulation gemäß § 405 annehmen müssen, so wird der ursprüngliche Gläubiger nach Analogie des § 816 haftbar zu machen sein, sofern nicht sogar wegen deliktischen Verhaltens eine Schadensersatzpflicht eingreift. Ebenso in andern Fällen, in denen infolge der Veräußerung die Einreden verloren gehen.

Noch eine weitere Klage gegen den ursprünglich Bereicherten könnte in Frage kommen. Ist es nicht möglich, den ursprünglichen Gläubiger darauf zu belangen, daß er den Schuldner vom Cessionar liberiere? An diese Klage könnte man auch im Delegationsverhältnis denken, wenn dem Delegatar gegenüber die Einreden abgeschnitten sind, der Delegant aber ungerechtfertigt bereichert wird[369]). Es dürfte jedoch davon auszugehen sein, daß jedenfalls der Gesichtspunkt der Bereicherung zu einem solchen Petitum nicht führt. Die Leistung, die vom Beklagten hiebei verlangt würde, ginge ja über die Herausgabe der Bereicherung weit hinaus.

---

hin aus § 816 zu klagen, so wäre doch im vorliegenden Fall genügender Grund um dem Schuldner zu gestatten, durch Verzicht auf seine Einrede sich die Klage gegen den Cessionar zu verschaffen, nicht vorhanden.

368) Ein Delikt liegt jedenfalls vor, wenn der Tatbestand des § 826 erfüllt ist. Wer den § 823 Abs. 1 auf Schuldverhältnisse mitbezieht, könnte auch zu einer deliktischen Verletzung des Konditionsrechts durch Zerstörung desselben gelangen.

369) Hellwig, Anspr. und Klagrecht S. 15 scheint bei den von ihm angenommenen abstrakten Verträgen zu gunsten Dritter eine solche Klage gegen den Stipulanten geben zu wollen.

17*

Anders nur wenn eine deliktische Schadensersatzpflicht oder der § 819 eingreift. Dann könnte man allerdings nach dem Naturalreparationsprinzip zu einer Verpflichtung, den Schuldner von dem Dritten zu befreien, gelangen.

Eine weitere Frage betrifft das angriffsweise Vorgehen des Schuldners in den Fällen einer turpis causa. Kann hier, wenn auch den Schuldner der Vorwurf der turpitudo trifft, der Klage aus § 817 oder der negativen Feststellungsklage entgegengehalten werden, Kläger dürfe sich nicht auf die eigene Unsittlichkeit berufen? Dieses Prinzip ist im Anschluß an Kohler neuerdings von Neubecker als ein allgemeines auch im römischen, englisch-amerikanischen, russischen, französischen Recht anerkanntes behauptet worden [370]).

Nun würde man an sich vielleicht geneigt sein, eine Feststellungsklage, die ja auf ein schutzwertes rechtliches Interesse gegründet sein muß, unter Umständen abzuweisen, wenn die Rechtsunsicherheit in der sich der Kläger befindet, auf dessen eigener turpitudo beruht. Soweit jedoch eine Klage aus § 817 in den betreffenden Fällen wirklich anzuerkennen ist [371]), dürfte man an die gesetzgeberische Bestimmung gebunden sein. Daß das ein ganz unhaltbares und unerträgliches Resultat wäre und man deshalb annehmen müßte, das Gesetz habe trotz seines Wortlauts solches unter keinen Umständen gewollt, läßt sich gewiß nicht behaupten. Bei der Abwägung, ob man die Gefahr, daß ein unsittliches obligatorisches Geschäft wegen möglichen späteren Versagens der Einrede doch noch zur Durchführung gebracht wird, hoch genug veranschlagen soll, um eine solche Klage,

370) Kohler, Archiv für bürg. Recht Bd. 18 S. 112. Ideale im Recht S. 81/82. Neubecker im Archiv für bürg. Recht S. 70. 89. 90. Neubecker will sogar unmittelbar den § 138 heranziehen, indem er die Klage als ein Rechtsgeschäft bezeichnet.

371) S. darüber den f. Paragraphen.

bei der allerdings eigene Unsittlichkeit aufgedeckt werden müßte, zuzulassen, kann das Gesetz verschiedene Standpunkte einnehmen. Es kann in der Tat die Ablehnung der Erzwingbarkeit solcher Geschäfte für wichtig genug halten, um die Sicherstellung dieser Ablehnung auch unter Gestattung der Bezugnahme auf eigene Unsittlichkeit zuzulassen. Und ist es denn wirklich so schlimm, wenn jemand erklärt, ich habe dem X ein abstraktes Versprechen abgegeben, mit dem ich mich, was ich jetzt schwer bereue, in unlautere Geschäfte eingelassen habe, nun will er mich an dem Versprechen festhalten und es ist zu befürchten, daß ich oder mein Erbe später das zugrund liegende Kausalverhältnis nicht mehr beweisen können, deshalb klage ich jetzt auf Befreiung und Rückgabe des Schuldscheins? Steigt der Richter in der Tat „in die Kaschemme" wenn er dieser Klage statt gibt?

Aus der Regelung, die in § 817 getroffen wurde, dürfte alsdann auch ein Schluß auf die Feststellungsklagen zu ziehen sein. Man wird sagen müssen, nach dem Standpunkt, den der deutsche Gesetzgeber in dem § 817 eingenommen hat, erscheint das schutzwerte Interesse an einer Feststellung nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kläger dabei eine eigene Unsittlichkeit zur Sprache bringen muß. Auf diese Weise würde man bei der Feststellungsklage zu einer Würdigung der Umstände des konkreten Falls gelangen.

Durchaus unhaltbar ist sodann die Deduktion Neubeckers: Die Begründung einer Klage auf eigene Unsittlichkeit sei schon durch § 138 ausgeschlossen, sofern die Klage ein Rechtsgeschäft sei. Sowohl die letztere Behauptung, als die Meinung, eine Klage müßte ihrem ganzen Inhalt nach unsittlich sein, wenn eine Unsittlichkeit des Klägers zur Sprache gebracht werde, sind zu beanstanden[372].

---

372) Viel vorsichtiger ist die Wendung Kohlers, die Neubecker auf S. 70 anführt: Auf eigene Unsittlichkeit kann sich niemand stützen, um einen geschaffenen Zustand zu ändern. Da könnte man

Eine Nichtübereinstimmung zwischen der Position bei der Verteidigung und beim angriffsweisen Vorgehen ist endlich noch für die Fälle des § 813 behauptet worden. Man hat gemeint [373]), daß es Fälle gebe, in denen zwar die Kondiktion des abstrakten Versprechens wegen Vorhandenseins einer Befristung oder einer dilatorischen Einrede auszuschließen, dagegen die verteidigungsweise Berufung auf beides zuzulassen sei. Dies ist für die Fälle, in denen irrtümlich eine Befristung oder eine dilatorische Einrede bei der Abgabe des abstrakten Versprechens nicht aufgenommen wurde, abzulehnen. Hier müssen Verteidigung und angriffsweises Vorgehen übereinstimmen. Allerdings wird man in einem solchen Fall unter Umständen nicht schlechthin Liberation und Herausgabe des Schuldscheins, sondern beides nur gegen Eingehung einer neuen, der Sachlage entsprechenden Verpflichtung und Ausstellung eines neuen Scheins verlangen können, weil die ungerechtfertigte Bereicherung eben nur in dem betreffenden Plus besteht.

Ging allerdings die Parteiabsicht dahin, daß eine pure formale Verpflichtung eingegangen werden solle, aber die Geltendmachung derselben erst erfolgen dürfe von einem bestimmten Termin ab, oder wenn ein anderes Ereignis, z. B. eine Gegenleistung oder Auszahlung der Valuta eingetreten sei, so darf in der Schwebezeit keine Kondiktion erfolgen, während gegen die versuchte Einklagung allerdings ein Einwand auf Grund des pactum de non petendo zu erheben ist.

§ 12. Behandlung und Abgrenzung der Nichtigkeitsfälle.

Die Behandlung der Nichtigkeitsfälle verursacht erheb-

---

immer noch bezweifeln, ob die abstrakte Obligation einen neuen Zustand geschaffen hat.

373) So v. Tuhr a. a. O. S. 9. (S. auch oben zu N. 327) und Wieland.

lich weniger Schwierigkeiten. Liegt eine Reprobation der Causa vor, welche das abstrakte Versprechen nichtig macht, wie das z. B. unbestrittenermaßen beim Spiel der Fall ist, bedarf es nur der Aufdeckung des Kausalverhältnisses, um die Klage aus dem selbständigen Versprechen ungerechtfertigt erscheinen zu lassen. Die Klarstellung des Sachverhalts durch den Beklagten, also eine Einrede im prozessualen Sinn, ist nur erforderlich, wenn derselbe nicht schon aus dem Klagvortrag oder gar aus der Fassung des Schuldscheins sich ergibt. Zum aggressiven Schutz des Schuldners dient ausschließlich die negative Feststellungsklage, die nur bei vorhandenem rechtlichem Interesse, also z. B. nicht in dem Fall eines die reprobierte Causa benennenden und damit wertlosen Schuldscheins, funktioniert. Nimmt man an, daß in den Fällen der turpis vel injusta causa Nichtigkeit eintritt, so wird sich auch hier wiederum die Frage erheben, ob nicht bei beiderseitiger turpitudo die Klage ausgeschlossen erscheint, weil kein rechtliches Interesse auf die eigene turpitudo gegründet werden könne. Nach dem am Ende des vorigen Paragraphen Ausgeführten kann jedoch auch in den genannten Fällen ein Schutzbedürfnis vorhanden sein und alsdann ist der negativen Feststellungsklage stattzugeben. Bei der Spielkausa und in den gleichgestellten Situationen dürfte die Zulässigkeit derselben aus dem genannten Gesichtspunkt niemals zu beanstanden sein.

Zu beachten ist in diesen Fällen der Nichtigkeit insbesondere das Eingreifen des § 405, kraft dessen eine ursprünglich vorhandene Nichtigkeit infolge der unter Vorlegung des Schuldscheins vorgenommenen Cession heilen kann. Wird also z. B. auf Grund eines Spiels ein Darlehensschuldschein ausgestellt, so ist der gutgläubige Cessionar gedeckt. Dasselbe wird bei Ausstellung einer cautio indiscreta sowohl in den Fällen der Spielkausa als in den Fällen

beiderseitiger turpitudo[374]) anzunehmen sein.

Regelmäßig wird ja hier das Bewußtsein der Nichtigkeit auch des abstrakten Versprechens bei den Parteien vorhanden sein und deshalb unmittelbar ein Simulationsfall vorliegen. Ob dabei der abstrakt versprechende Schuldner die Absicht gehabt, freiwillig zu erfüllen, ist natürlich gleichgültig. Er hat trotzdem die Verpflichtungserklärung zum Schein abgegeben. Allein auch wenn die Parteien an die Gültigkeit des Schuldversprechens glaubten, wird sich die Frage erheben, ob nicht der gutgläubige Cessionar zu schützen ist, indem man einen Analogieschluß aus der Interessenabwägung des § 405 zieht. Mindestens bei der beiderseitigen turpitudo dürfte derselbe gerechtfertigt sein.

Anders gestaltet sich die Sachlage bei bloßer turpitudo accipientis, insbesondere im Fall des Wuchers. Der Bewucherte, der in der Notlage einen Schuldschein, sei es nun eine cautio indiscreta oder einen Schuldschein mit fingierter Causa im Bewußtsein, nichts zu schulden und sich auch durch das abstrakte Versprechen nicht zu verpflichten, ausgestellt hat, darf nicht von dem § 405 getroffen werden. Hier muß der Schutzzweck des § 138 Abs. 2 entscheidend sein, sobald der Verpflichtungsakt noch in der Situation vorgenommen wird, die jenen Schutzgedanken auslöst. In den übrigen Fällen des turpiter acceptum wird zu prüfen sein, in welchem Sinn und Umfang nach der ganzen Sachlage dem Versprechenden Schutz gebührt. Handelt es sich z. B. um das Versprechen einer Vergütung von Handlungen, die der Versprechensempfänger ohne Vergütung vorzunehmen verpflichtet wäre, so wird, solange das Versprechen vor der Vornahme der Handlungen, also in der Erpressungssituation abgegeben ist, dieselbe Behandlung wie beim Wucher einzutreten haben. Der Versprechende wird dem gutgläubigen

374) Inwieweit dieselben, sowie die nachher erwähnten Fälle einseitiger turpitudo hieher gehören, wird sofort noch zu prüfen sein.

Cessionar gegenüber auch dann zu schützen sein, wenn er sich der Ungültigkeit seines abstrakten Versprechens bewußt war. Ist dagegen nach der Vornahme jener Handlungen nochmals ein Anerkenntnis im Bewußtsein des indebitum und mit dem Vorbehalt, späterhin dessen Ungültigkeit zu behaupten, erfolgt, so muß der Klage des gutgläubigen Cessionars stattgegeben werden [375]).

Es ist nunmehr der Zeitpunkt gekommen, der viel umstrittenen Frage näher zu treten, ob und inwieweit ein auf Grund einer turpis vel injusta causa abgegebenes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis als nichtig zu behandeln ist, inwieweit dasselbe lediglich nach § 817 dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung unterliegt. Diese Frage hängt mit der allgemeineren zusammen, ob und inwieweit die Nichtigkeit der §§ 134 und 138 sich nur auf die Grundgeschäfte oder auch auf die Vollzugsgeschäfte bezieht.

Nun vermögen wir allerdings von unserem Standpunkt aus der ganzen Frage nur eine sehr geringe praktische Bedeutung zuzuerkennen [376]). Da es sich bei Anwendung des Bereicherungsrechts nicht um echte Einreden handelt, bei Aufdeckung des Sachverhalts durch den Kläger unter allen Umständen abgewiesen werden muß, da ferner das Sonderrecht der §§ 813, 814, 815 nicht in Frage kommt, sobald eine turpis causa vel injusta causa konstatiert ist, da endlich auch die letzten Ausführungen über die Stellung gutgläubiger Cessionare gleichmäßig zur Anwendung kommen müssen, mag es sich ursprünglich um Nichtigkeit oder um Anfechtbarkeit aus § 817 handeln, so ist nicht einzusehen, wo noch erheblichere praktische Verschiedenheiten in der Be-

375) Der turpiter accipiens selbst wird dagegen auch in diesem Fall nicht durchdringen, mag man das Versprechen nun für nichtig erklären oder den § 817 zur Anwendung bringen. § 814 käme dem letzteren gegenüber nicht in Betracht.

376) S. auch Prot. II S. 801.

handlung sich zeigen sollten. Nur das eine bleibt bestehen, daß zur angriffsweisen Geltendmachung der Nichtigkeit lediglich die negative Feststellungsklage funktioniert, während bei Anwendung des Bereicherungsrechts auch eine Liberationskondiktion gegeben ist. Die Bedeutung auch dieses Unterschieds wird aber wesentlich gemindert, wenn man, wie oben befürwortet, zu der negativen Feststellungsklage noch einen Anspruch auf Herausgabe des Schuldscheins hinzutreten läßt.

Da sich jedoch immerhin in der letztgenannten Beziehung einige unerhebliche Unterschiede ergeben, da ferner bei Verwerfung unserer Auffassung von der Natur der angeblichen Bereicherungseinrede die Verschiedenheiten sich steigern würden, und da endlich der geführte Streit wegen seines Zusammenhangs mit der Frage nach der Tragweite der §§ 134 und 138 nicht ohne dogmatisches Interesse ist, so kann eine Stellungnahme wohl kaum umgangen werden.

Beiseite bleiben können hiebei die von Dernburg[377]) in diesen Zusammenhang gezogenen Fälle der Herabsetzbarkeit einer übermäßigen Konventionalstrafe oder eines übermäßigen Ehemäklerlohns nach § 343 und 656 BGB. Hier liegt auch bezüglich der abstrakt gefaßten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse eine eigenartige Art von Revokabilität vor. Zweifellos ist, daß der Versprechende hier immer den Antrag auf Ermäßigung ausdrücklich stellen muß, daß alsdann aber, wenn dies geschehen und die betreffende Causa nachgewiesen, das abstrakte Forderungsrecht herabgesetzt wird, ohne daß dabei weiter auf den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung Bezug zu nehmen wäre.

Unbestritten dürfte ferner sein, daß jedenfalls Nichtigkeit des Anerkenntnisses oder selbständigen Schuldversprechens einzutreten hat, wenn die Unsittlichkeit aus dem Schuldschein direkt erhellt[378]).

---

377) Dernburg, Lehrbuch II § 90 III. 4.

378) S. Dernburg § 90 III 5 Abs. 2 und Oertmann Zu-

Bezüglich der übrig bleibenden selbstverständlich viel häufiger vorkommenden Fälle, dürfte die Mehrzahl der Schriftsteller immer noch auf dem Standpunkt stehen, Subsumption unter den § 817 anzunehmen. So Endemann, Kipp, Enneccerus, Matthiaß, Stammler, Schollmeyer, Leonhard, Eccius, Oertmann, v. Tuhr, v. Mayr, Collatz, Ackermann und neuestens Förster[379]. Dagegen haben sich für Nichtigkeit erklärt: Dernburg, Crome, Hachenburg, Staub, Neubecker, Klingmüller, Wienstein und wohl auch Cosack und Landsberg[380]. Zu vermissen ist eine klare Stellungnahme bei Planck-André.

Prüfen wir zunächst einmal die Beweisgründe der herrschenden Ansicht, so stößt man häufig auf das Argument, daß das abstrakte Geschäft als solches niemals unsittlich sein könne, und daß die gesetzlichen Verbote sich ihrem Sinn und Zweck nach stets gegen die zugrund liegende Causa und nicht gegen das Vollzugsgeschäft oder etwaige sonstige auf Grund derselben vorgenommene abstrakte Geschäfte zu richten pflegen.

Die Irrigkeit dieser Argumentation liegt auf der Hand und ist schon wiederholt aufgedeckt worden[381]. Daß die Unsittlichkeit eines Geschäfts nicht bloß nach dem unmit-

ristenzeitung Bd. 7 S. 106 2. Spalte Z. 2 Abs. 2. Collatz in Jhs. Jahrb. Bd. 40 S. 142.

379) Im Recht v. 1905, 9. Jahrg. S. 356—358.

380) Bei Cosack dürfte es daraus zu entnehmen sein, daß er nur von Einwendungen spricht und die Fälle mit denen des Spiels und formlosen Schenkungsversprechens unmittelbar zusammenstellt. Bei Landsberg geht es daraus hervor, daß er die abstrakten Schuldverträge zu den dispositiv-abstrakten Geschäften rechnet, bei denen Ablösung von der causa nur insoweit erfolgen kann, als überhaupt Parteiverfügungen wirken können. Wenn daher das Gesetz Fehler des Grundgeschäfts zwingend räche, müsse es dabei auch für das abstrakte Geschäft sein Bewenden haben. S. § 49 II 1. b.

381) S. namentlich Neubecker S. 87 ff. Klingmüller S. 134 und neuestens Förster im Recht Bd. 9 S. 356.

telbaren Inhalt, sondern aus einer Inhalt, Motiv und Zweck zusammenfassenden Gesamtbetrachtung zu entnehmen ist, sollte nicht mehr bestritten werden. Ist doch die zweite Kommission von der engeren Fassung des ersten Entwurfs, „dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt", absichtlich zu der nunmehrigen weiteren Fassung des § 138 übergegangen. Die Behauptung, daß ein Verbotsgesetz sich nur gegen das Grundgeschäft und nicht auch gegen die dazu gehörigen Hilfsgeschäfte richten könne, oder sich wenigstens regelmäßig nur gegen das erstere richte, ist eine petitio principii, die schon durch die Behandlung des Konventionalstrafversprechens widerlegt wird.

Sowohl in Bez. auf die Einwirkung der Unsittlichkeit als in Bez. auf die Wirkung der Verbotsgesetze wird zu unterscheiden sein je nach der Art der Hilfs- oder Vollzugsgeschäfte. Die verschiedenen sog. abstrakten Geschäfte können hier noch verschiedenem Recht unterliegen. Es kann z. B. für die notwendig oder nach gesetzlicher Regel abstrakten dinglichen Rechtsgeschäfte anderes Recht gelten als für die abstrakten Obligierungen. Es können ferner innerhalb der abstrakten Obligierungen wieder Unterscheidungen zu machen sein, z. B. zwischen Wechseln und Schuldverträgen nach §§ 780, 781, oder innerhalb der letzteren je nach dem Geschäftszweck, den die Parteien verfolgen. Endlich kann sich ergeben, daß bestimmte Verbotsgesetze stärker wirken als andere, z. B. auch die dinglichen Rechtsgeschäfte ergreifen, während deren Gültigkeit in andern Fällen nicht getroffen wird[382].

Vor allem muß daher die Frage für die Schuldver-

382) So wird beim Wucher wegen der Parallele zum Zwang, bei dem jedenfalls alle unter dem Druck der Zwangslage abgeschlossenen Rechtsgeschäfte anfechtbar sind, Nichtigkeit auch der in der Wuchersituation vorgenommenen dinglichen Vollzugsgeschäfte angenommen werden müssen, während z. B. beim Bordellkauf die Eigentumsübertragungen als giltig zu behandeln sind (s. Förster a. a. O.).

träge der §§ 780, 781 für sich gestellt und auch hier noch nach den verschiedenen Geschäftszwecken unterschieden werden.

Denkt man zunächst an den bloßen Klagerleichterungsvertrag, so erscheint es gewiß als das Nächstliegende, daß er von der rechtlichen Reprobation des Grundgeschäfts unmittelbar mit getroffen wird und zwar gleichgültig, ob er zu einer fertigen Kausalberedung später hinzutritt oder sofort bei Abschluß des Grundgeschäfts eingreift und etwa eine der beabsichtigten Grundgeschäftsobligationen vollständig in sich aufnimmt. Nicht durchführbar ist es, mit Oertmann danach zu unterscheiden, ob der abstrakte Vertrag ein Stück des verbotenen Grundgeschäfts bilde oder nicht[383]). Die Vorstellung, von der Oertmann ausgeht, daß es Fälle gebe, in denen das abstrakte Schuldversprechen als solches das Aequivalent für eine (eventuell noch erwartete) Gegenleistung bilde, ist abzulehnen. Die Verabredung des Leistungsaustauschs vollzieht sich immer innerhalb des zugrund liegenden Kausalgeschäfts, auch wenn dessen Abschluß, wie es manchmal vorkommt, mit der abstrakten Obligierung zeitlich zusammenfällt. Die rechtliche Reprobation bezieht sich immer zunächst auf die zugrund liegende kausale Verabredung, und es fragt sich alsdann weiter, ob auch das hinzutretende obligatorische Hilfsgeschäft davon erfaßt werden soll.

Wäre demnach für die Regel davon auszugehen, daß man das Klagerleichterungsversprechen am besten von der Reprobation des Kausalgeschäfts mitgetroffen werden läßt, so darf allerdings nicht verkannt werden, daß unter Umständen eine Loslösung von der ursprünglichen turpis causa erfolgen kann.

---

383) So, freilich unter Bezugnahme auf das Wechselrecht, Oertmann, Juristenzeitung Bd. 7 S. 108. Gegen ihn mit Recht Neubecker a. a. O. S. 87 und in anderer Richtung v. Tuhr a. a. O. S. 14.

beiderseitiger turpitudo[374]) anzunehmen sein.

Regelmäßig wird ja hier das Bewußtsein der Nichtigkeit auch des abstrakten Versprechens bei den Parteien vorhanden sein und deshalb unmittelbar ein Simulationsfall vorliegen. Ob dabei der abstrakt versprechende Schuldner die Absicht gehabt, freiwillig zu erfüllen, ist natürlich gleichgültig. Er hat trotzdem die Verpflichtungserklärung zum Schein abgegeben. Allein auch wenn die Parteien an die Gültigkeit des Schuldversprechens glaubten, wird sich die Frage erheben, ob nicht der gutgläubige Cessionar zu schützen ist, indem man einen Analogieschluß aus der Interessenabwägung des § 405 zieht. Mindestens bei der beiderseitigen turpitudo dürfte derselbe gerechtfertigt sein.

Anders gestaltet sich die Sachlage bei bloßer turpitudo accipientis, insbesondere im Fall des Wuchers. Der Bewucherte, der in der Notlage einen Schuldschein, sei es nun eine cautio indiscreta oder einen Schuldschein mit fingierter Causa im Bewußtsein, nichts zu schulden und sich auch durch das abstrakte Versprechen nicht zu verpflichten, ausgestellt hat, darf nicht von dem § 405 getroffen werden. Hier muß der Schutzzweck des § 138 Abs. 2 entscheidend sein, sobald der Verpflichtungsakt noch in der Situation vorgenommen wird, die jenen Schutzgedanken auslöst. In den übrigen Fällen des turpiter acceptum wird zu prüfen sein, in welchem Sinn und Umfang nach der ganzen Sachlage dem Versprechenden Schutz gebührt. Handelt es sich z. B. um das Versprechen einer Vergütung von Handlungen, die der Versprechensempfänger ohne Vergütung vorzunehmen verpflichtet wäre, so wird, solange das Versprechen vor der Vornahme der Handlungen, also in der Erpressungssituation abgegeben ist, dieselbe Behandlung wie beim Wucher einzutreten haben. Der Versprechende wird dem gutgläubigen

---

374) Inwieweit dieselben, sowie die nachher erwähnten Fälle einseitiger turpitudo hieher gehören, wird sofort noch zu prüfen sein.

Cessionar gegenüber auch dann zu schützen sein, wenn er sich der Ungültigkeit seines abstrakten Versprechens bewußt war. Ist dagegen nach der Vornahme jener Handlungen nochmals ein Anerkenntnis im Bewußtsein des indebitum und mit dem Vorbehalt, späterhin dessen Ungültigkeit zu behaupten, erfolgt, so muß der Klage des gutgläubigen Cessionars stattgegeben werden[375].

Es ist nunmehr der Zeitpunkt gekommen, der viel umstrittenen Frage näher zu treten, ob und inwieweit ein auf Grund einer turpis vel injusta causa abgegebenes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis als nichtig zu behandeln ist, inwieweit dasselbe lediglich nach § 817 dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung unterliegt. Diese Frage hängt mit der allgemeineren zusammen, ob und inwieweit die Nichtigkeit der §§ 134 und 138 sich nur auf die Grundgeschäfte oder auch auf die Vollzugsgeschäfte bezieht.

Nun vermögen wir allerdings von unserem Standpunkt aus der ganzen Frage nur eine sehr geringe praktische Bedeutung zuzuerkennen[376]. Da es sich bei Anwendung des Bereicherungsrechts nicht um echte Einreden handelt, bei Aufdeckung des Sachverhalts durch den Kläger unter allen Umständen abgewiesen werden muß, da ferner das Sonderrecht der §§ 813, 814, 815 nicht in Frage kommt, sobald eine turpis causa vel injusta causa konstatiert ist, da endlich auch die letzten Ausführungen über die Stellung gutgläubiger Cessionare gleichmäßig zur Anwendung kommen müssen, mag es sich ursprünglich um Nichtigkeit oder um Anfechtbarkeit aus § 817 handeln, so ist nicht einzusehen, wo noch erheblichere praktische Verschiedenheiten in der Be-

375) Der turpiter accipiens selbst wird dagegen auch in diesem Fall nicht durchdringen, mag man das Versprechen nun für nichtig erklären oder den § 817 zur Anwendung bringen. § 814 käme dem letzteren gegenüber nicht in Betracht.

376) S. auch Prot. II S. 801.

handlung sich zeigen sollten. Nur das eine bleibt bestehen, daß zur angriffsweisen Geltendmachung der Nichtigkeit lediglich die negative Feststellungsklage funktioniert, während bei Anwendung des Bereicherungsrechts auch eine Liberationskondiktion gegeben ist. Die Bedeutung auch dieses Unterschieds wird aber wesentlich gemindert, wenn man, wie oben befürwortet, zu der negativen Feststellungsklage noch einen Anspruch auf Herausgabe des Schuldscheins hinzutreten läßt.

Da sich jedoch immerhin in der letztgenannten Beziehung einige unerhebliche Unterschiede ergeben, da ferner bei Verwerfung unserer Auffassung von der Natur der angeblichen Bereicherungseinrede die Verschiedenheiten sich steigern würden, und da endlich der geführte Streit wegen seines Zusammenhangs mit der Frage nach der Tragweite der §§ 134 und 138 nicht ohne dogmatisches Interesse ist, so kann eine Stellungnahme wohl kaum umgangen werden.

Beiseite bleiben können hiebei die von Dernburg[377]) in diesen Zusammenhang gezogenen Fälle der Herabsetzbarkeit einer übermäßigen Konventionalstrafe oder eines übermäßigen Ehemäklerlohns nach § 343 und 656 BGB. Hier liegt auch bezüglich der abstrakt gefaßten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse eine eigenartige Art von Revokabilität vor. Zweifellos ist, daß der Versprechende hier immer den Antrag auf Ermäßigung ausdrücklich stellen muß, daß alsdann aber, wenn dies geschehen und die betreffende Causa nachgewiesen, das abstrakte Forderungsrecht herabgesetzt wird, ohne daß dabei weiter auf den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung Bezug zu nehmen wäre.

Unbestritten dürfte ferner sein, daß jedenfalls Nichtigkeit des Anerkenntnisses oder selbständigen Schuldversprechens einzutreten hat, wenn die Unsittlichkeit aus dem Schuldschein direkt erhellt[378]).

---

377) Dernburg, Lehrbuch II § 90 III. 4.

378) S. Dernburg § 90 III 5 Abs. 2 und Oertmann Zu-

Bezüglich der übrig bleibenden selbstverständlich viel häufiger vorkommenden Fälle, dürfte die Mehrzahl der Schriftsteller immer noch auf dem Standpunkt stehen, Subsumption unter den § 817 anzunehmen. So Endemann, Kipp, Enneccerus, Matthiaß, Stammler, Schollmeyer, Leonhard, Eccius, Oertmann, v. Tuhr, v. Mayr, Collatz, Ackermann und neuestens Förster[379]). Dagegen haben sich für Nichtigkeit erklärt: Dernburg, Crome, Hachenburg, Staub, Neubecker, Klingmüller, Wienstein und wohl auch Cosack und Landsberg[380]). Zu vermissen ist eine klare Stellungnahme bei Planck-André.

Prüfen wir zunächst einmal die Beweisgründe der herrschenden Ansicht, so stößt man häufig auf das Argument, daß das abstrakte Geschäft als solches niemals unsittlich sein könne, und daß die gesetzlichen Verbote sich ihrem Sinn und Zweck nach stets gegen die zugrund liegende Causa und nicht gegen das Vollzugsgeschäft oder etwaige sonstige auf Grund derselben vorgenommene abstrakte Geschäfte zu richten pflegen.

Die Irrigkeit dieser Argumentation liegt auf der Hand und ist schon wiederholt aufgedeckt worden[381]). Daß die Unsittlichkeit eines Geschäfts nicht bloß nach dem unmit-

---

ristenzeitung Bd. 7 S. 106 2. Spalte Z. 2 Abs. 2. Collatz in Ihs. Jahrb. Bd. 40 S. 142.

379) Im Recht v. 1905, 9. Jahrg. S. 356—358.

380) Bei Cosack dürfte es daraus zu entnehmen sein, daß er nur von Einwendungen spricht und die Fälle mit denen des Spiels und formlosen Schenkungsversprechens unmittelbar zusammenstellt. Bei Landsberg geht es daraus hervor, daß er die abstrakten Schuldverträge zu den dispositiv-abstrakten Geschäften rechnet, bei denen Ablösung von der causa nur insoweit erfolgen kann, als überhaupt Parteiverfügungen wirken können. Wenn daher das Gesetz Fehler des Grundgeschäfts zwingend räche, müsse es dabei auch für das abstrakte Geschäft sein Bewenden haben. S. § 49 II 1. b.

381) S. namentlich Neubecker S. 87 ff. Klingmüller S. 134 und neuestens Förster im Recht Bd. 9 S. 356.

telbaren Inhalt, sondern aus einer Inhalt, Motiv und Zweck zusammenfassenden Gesamtbetrachtung zu entnehmen ist, sollte nicht mehr bestritten werden. Ist doch die zweite Kommission von der engeren Fassung des ersten Entwurfs, „dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt", absichtlich zu der nunmehrigen weiteren Fassung des § 138 übergegangen. Die Behauptung, daß ein Verbotsgesetz sich nur gegen das Grundgeschäft und nicht auch gegen die dazu gehörigen Hilfsgeschäfte richten könne, oder sich wenigstens regelmäßig nur gegen das erstere richte, ist eine petitio principii, die schon durch die Behandlung des Konventionalstrafversprechens widerlegt wird.

Sowohl in Bez. auf die Einwirkung der Unsittlichkeit als in Bez. auf die Wirkung der Verbotsgesetze wird zu unterscheiden sein je nach der Art der Hilfs- oder Vollzugsgeschäfte. Die verschiedenen sog. abstrakten Geschäfte können hier noch verschiedenem Recht unterliegen. Es kann z. B. für die notwendig oder nach gesetzlicher Regel abstrakten dinglichen Rechtsgeschäfte anderes Recht gelten als für die abstrakten Obligierungen. Es können ferner innerhalb der abstrakten Obligierungen wieder Unterscheidungen zu machen sein, z. B. zwischen Wechseln und Schuldverträgen nach §§ 780, 781, oder innerhalb der letzteren je nach dem Geschäftszweck, den die Parteien verfolgen. Endlich kann sich ergeben, daß bestimmte Verbotsgesetze stärker wirken als andere, z. B. auch die dinglichen Rechtsgeschäfte ergreifen, während deren Gültigkeit in andern Fällen nicht getroffen wird [382]).

Vor allem muß daher die Frage für die Schuldver-

---

382) So wird beim Wucher wegen der Parallele zum Zwang, bei dem jedenfalls alle unter dem Druck der Zwangslage abgeschlossenen Rechtsgeschäfte anfechtbar sind, Nichtigkeit auch der in der Wuchersituation vorgenommenen dinglichen Vollzugsgeschäfte angenommen werden müssen, während z. B. beim Bordellkauf die Eigentumsübertragungen als giltig zu behandeln sind (s. Förster a. a. O.).

träge der §§ 780, 781 für sich gestellt und auch hier noch nach den verschiedenen Geschäftszwecken unterschieden werden.

Denkt man zunächst an den bloßen Klagerleichterungsvertrag, so erscheint es gewiß als das Nächstliegende, daß er von der rechtlichen Reprobation des Grundgeschäfts unmittelbar mit getroffen wird und zwar gleichgültig, ob er zu einer fertigen Kausalberedung später hinzutritt oder sofort bei Abschluß des Grundgeschäfts eingreift und etwa eine der beabsichtigten Grundgeschäftsobligationen vollständig in sich aufnimmt. Nicht durchführbar ist es, mit Oertmann danach zu unterscheiden, ob der abstrakte Vertrag ein Stück des verbotenen Grundgeschäfts bilde oder nicht[383]). Die Vorstellung, von der Oertmann ausgeht, daß es Fälle gebe, in denen das abstrakte Schuldversprechen als solches das Aequivalent für eine (eventuell noch erwartete) Gegenleistung bilde, ist abzulehnen. Die Verabredung des Leistungsaustauschs vollzieht sich immer innerhalb des zugrund liegenden Kausalgeschäfts, auch wenn dessen Abschluß, wie es manchmal vorkommt, mit der abstrakten Obligierung zeitlich zusammenfällt. Die rechtliche Reprobation bezieht sich immer zunächst auf die zugrund liegende kausale Verabredung, und es fragt sich alsdann weiter, ob auch das hinzutretende obligatorische Hilfsgeschäft davon erfaßt werden soll.

Wäre demnach für die Regel davon auszugehen, daß man das Klagerleichterungsversprechen am besten von der Reprobation des Kausalgeschäfts mitgetroffen werden läßt, so darf allerdings nicht verkannt werden, daß unter Umständen eine Loslösung von der ursprünglichen turpis causa erfolgen kann.

---

383) So, freilich unter Bezugnahme auf das Wechselrecht, Oertmann, Juristenzeitung Bd. 7 S. 108. Gegen ihn mit Recht Neubecker a. a. O. S. 87 und in anderer Richtung v. Tuhr a. a. O. S. 14.

So wird vor allem in Frage kommen, ob nicht, wenn wie z. B. beim Wucher, die rechtliche Reprobation auf der Ausbeutung einer bestimmten Situation seitens des Gläubigers beruht und das Hilfsgeschäft erst abgeschlossen wird, nachdem jene Situation beseitigt, eine andere Behandlung am Platz ist. Hier ist wegen der veränderten Sachlage ein Grund, die rechtliche Reprobation auch auf den Klagerleichterungsvertrag unmittelbar mitzubeziehen, nicht mehr vorhanden. Das Klagerleichterungsversprechen wird angemessenerweise weder als nichtig noch als auf Grund des Verbotsgesetzes anfechtbar behandelt werden dürfen. Es genügt vollständig, wenn dem Bewucherten eine Bezugnahme auf die Grundsätze der condictio indebiti und ob causam datorum gestattet wird[384]).

Faßt man weiter die Feststellungsverträge und Schuldabänderungsverträge ins Auge, so wird hier, wenigstens bei den ersteren, die Frage entstehen, ob die neue kausale Abmachung geeignet ist, die Ungültigkeit des ursprünglichen Grundgeschäfts zu heilen. In der Regel wird das nicht der Fall sein, das Feststellungsgeschäft, das seinerseits eine reprobierte Grundobligation außer Streit stellen will, wird ebenfalls als ein negotium turpe zu gelten haben und keine Basis für eine selbständige Verpflichtung abgeben können. Anders aber z. B., wenn gerade die Tatsachen, aus denen die turpitudo des früheren Geschäfts sich ergeben würde, zweifelhaft waren und um diesen Streit abzuschneiden, eine vergleichsweise oder sonstige Feststellung erfolgte.

Im Delegationsfall sodann wird einleuchtend sein, daß

384) Dies liegt bez. des dingl. Vollzugsgeschäfts natürlich ebenso. — Unter Umständen kann in der bewußten Eingehung eines solchen abstrakten Vertrags eine Bestätigung des wucherischen Kausalgeschäfts gemäß § 141 Abs. 2 liegen. Jedenfalls aber wird durch ein im Bewußtsein des indebitum abgegebenes Versprechen dem Wucherer seine condictio aus § 812 (s. o. N. 361) entzogen und damit eine indirekte Bestätigung herbeigeführt.

das Zahlungsaustauschversprechen dem Dritten gegenüber gültig sein muß, obwohl das Deckungsverhältnis auf einem negotium turpe beruht. Hier muß das Interesse des gutgläubigen Versprechensempfängers durchgreifen.

Werfen wir von hier aus noch einen kurzen Blick hinüber ins Wechselrecht, so erklärt sich leicht, wie die deutsche Praxis dazu gelangte, die auf reprobierter Causa beruhenden Wechselakte auch zwischen den kausal verbundenen Parteien für gültig zu erklären und nur mit Kondiktion und Einrede aus § 817 zu helfen. So lange man noch nicht klar erkannt hat, daß der Wechsel zwischen den kausal verbundenen Parteien andere Funktionen erfüllt, als nach Eintritt eines gutgläubigen dritten Erwerbers[385]), gelangt man ganz von selbst dazu, die Nichtigkeit wegen Kausamangels auszuschließen. Denn man meint, aus einer solchen müsse sich die Schädigung der gutgläubigen Dritten ergeben. Die Verwendung des Bereicherungsrechts dagegen scheint eine willkommene Handhabe zu bieten, um zum richtigen Ziele zu gelangen. Dieses letztere kann aber auch noch zugrund gelegt werden, nachdem eine volle Einsicht in das wahre Sachverhältnis gewonnen ist. Es mag dann immer noch näherliegend erscheinen, von Haus aus die Denkform der ungerechtfertigten Bereicherung zur Anwendung zu bringen, als mit einer relativen Ungültigkeit oder einer konvaleszierenden Nichtigkeit und dergleichen zu operieren[386]).

Aus dieser letzten Betrachtung ergibt sich deutlich, daß es unzulässig ist, die wechselrechtliche Praxis als Argument gegen die Nichtigkeit der auf unsittlichem Grundgeschäft beruhenden abstrakten Verträge der §§ 780 und 781 BGB. auszuspielen,

---

385) S. hierzu, insbesondere auch darüber, wenn eine solche kausale Verbindung der Parteien vorliegt, die vortrefflichen Ausführungen von Wieland a. a. O.

386) Auf den Riß, der durch die Bestimmung des GB., daß alle auf Spielkausa beruhenden Verbindlichkeiten nichtig sein sollen, in die Behandlung gleichartig gelagerter Fälle gekommen ist, wird noch zurückzukommen sein.

wie das von Oertmann und v. Tuhr versucht wird.

Hier ist ja, abgesehen von dem ganz für sich stehenden Fall des Delegationsversprechens und abgesehen von dem Eingreifen des § 405 BGB., von einem Schutz einschlagender Drittinteressen nicht die Rede.

Keinerlei Bedeutung kommt sodann dem Argument zu, daß schon aus dem Vorhandensein der zuvor erwähnten Bestimmungen der §§ 518, 656, 762 u. s. w., welche Nichtigkeit des abstrakten Vertrags anordnen, auf die bloße Kondizierbarkeit in den übrigen Fällen zu schließen sei. Man meint, wenn die Fehlerhaftigkeit der causa allgemein Nichtigkeit des abstrakten Geschäfts zur Folge haben würde, wären ja diese Bestimmungen überflüssig gewesen.

Ist nun schon dieser Schluß aus dem Obersatz, der Gesetzgeber würde nichts Selbstverständliches, auch aus anderen Bestimmungen sich Ergebendes, verordnet haben, ein für allemal ein höchst zweifelhafter, so ist er in unserem Fall ganz unzulässig. Denn unter allen Umständen hatte das Gesetz in den genannten Fällen Anlaß, seine Stellung zu präzisieren, weil sonst aus der Gleichstellung des abstrakten Versprechens mit der Leistung hätte gefolgert werden können, daß die Schenkung durch die Leistung konvaleszziere, die Spielschuld und Ehemakelschuld als bezahlt gelten.

So bleibt denn nur der § 817 übrig, auf welchen denn auch von der Gegenseite ganz besonderer Nachdruck gelegt wird [387]) und dessen Auslegung in der Tat Schwierigkeiten bereitet. Es handelt sich um die Bestimmung, daß bei beiderseitigem Verstoß gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten eine eingegangene Verbindlichkeit nach den Grundsätzen ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden könne. Daraus schließt man, daß diese Verbindlichkeit nach

387) S. Oertmann in der allg. öster. Gerichtszeitung 1897 N. 32 S. 252. Collatz a. a. O. S. 141. v. Tuhr 13 u. neuerdings Förster a. a. O.

Auffassung des Gesetzes unmöglich nichtig sein könne.

Hier befriedigt weder die Auslegung Lotmars[388]), es sei eben ein Ausdruck für die Ungültigkeit in § 817 gegeben, die sich in der Rückforderung des Schuldscheins äußere, noch die auf ein ähnliches Ziel hinauslaufenden nicht durchweg klaren Ausführungen Klingmüllers[389]). Ebenso ungern aber wird man sich mit Dernburg u. Neubecker[390]) dazu bequemen, einfach eine Antinomie anzunehmen, um alsdann in ziemlich willkürlicher Weise den §§ 134 und 138 den Vorrang einzuräumen. Einmal darf die Annahme einer solchen Antinomie nur ein ultimum refugium bilden. Außerdem aber sind die Gründe, welche zu gunsten einer Ausdehnung der Nichtigkeit auch auf die obligatorischen Hilfsgeschäfte sprechen, nicht so zwingend, daß sie gegen den mit Sorgfalt überlegten Wortlaut des Gesetzes, wenn derselbe wirklich ein unzweifelhaftes Resultat ergäbe, ins Feld geführt werden könnten.

Nun aber wird folgender Umstand in Betracht zu ziehen sein, der m.s E.s den Schlüssel zur richtigen Auslegung des § 817 gibt.

Der § 817 spricht von der Eingehung einer Verbindlichkeit überhaupt, ist also auch auf das Anweisungsaccept, den Wechsel, überhaupt auf mit Berücksichtigung Dritter eingegangene Verbindlichkeiten beziehbar.

Damit sind Fälle der Eingehung einer Verbindlichkeit auf Grund einer turpis vel injusta causa ausfindig gemacht, in denen das Gesetz allerdings wegen der möglicherweise einschlagenden Interessen dritter Personen keine Nichtigkeit annimmt, in denen daher der § 817 buchstäblich zur Anwendung kommen kann. Ist der Wechsel, der kaufmännische Verpflich-

388) Lotmar unmoralischer Vertrag S. 63.

389) S. 136. 137.

390) Neubecker a. a. O. S. 90. 91. Dernburg II § 90 III 5.

tungsschein oder das Inhaberpapier noch in den Händen des ursprünglichen durch das negotium turpe mit dem Aussteller verbundenen Gläubigers, so funktioniert die Liberationsklage des § 817 und die entsprechende Einrede des § 821. Nach dem Wortlaut des § 817 muß auch bei beiderseitiger turpitudo die Klage gegeben werden, ein Standpunkt, der sich nach dem oben [391]) Ausgeführten wohl halten läßt. Kommt das auf Zirkulation angelegte Forderungsrecht dagegen an einen geschützten gutgläubigen Dritten, so geht die Einrede verloren. Die Kondiktionsklage bleibt gegen den ursprünglich Bereicherten schlechthin aufrecht erhalten, wenn bloßes turpiter acceptum vorliegt, wie beispielsweise bei wucherischem Wechsel. Da der Anspruch sich nach § 819 Abs. 2 bestimmt, kann auch nach der Veräußerung noch Liberation verlangt werden. Bei beiderseitiger turpitudo könnte man zweifeln. Es dürfte jedoch im Anschluß an die Ausführungen v. Tuhrs [392]) Aufrechterhaltung der Kondiktion bis zur Erledigung der ganzen Angelegenheit durch Zahlung anzunehmen sein.

So käme man für die Schuldverträge des § 780, 781 zu der an sich plausibleren Annahme der Nichtigkeit (innerhalb der oben beschriebenen Grenzen), und damit zu einer Gleichstellung der Fälle der turpis vel injusta causa mit denen des Spiels. Für den § 817 bleibt also bei den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen kein Raum. Innerhalb des Rechts der Order- und Inhaberpapiere wird man allerdings zu der inelegantia juris gedrängt, daß bei Spielkausa und in den entsprechenden Fällen der Wechsel oder das Inhaberpapier zwischen den kausal verbundenen Parteien nichtig, der auf turpis causa gegründete Wechsel dagegen nur kondizierbar ist. Dies rührt daher, daß im § 762 BGB. und den sich anschließenden weiteren Gesetzes-

391) Zu N. 372.

392) v. Tuhr in Ihs. Jahrb. Bd. 48 S. 55 ff., 65 ff.

stellen sämtliche abstrakten Obligierungen über einen Leisten geschlagen wurden. Praktische Uebelstände ergeben sich daraus nicht, um so weniger als hier die Kondiktion des Papiers auch in den Fällen der Nichtigkeit keinem Zweifel unterliegen wird.

Bringt man demgemäß die Nichtigkeit der §§ 134 und 138 auf die Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse des BGB. unmittelbar zur Anwendung, so geschieht das selbstverständlich nur in dem Umfang, der ihr überhaupt gezogen ist.

So ist z. B. klar, daß ein abstraktes Versprechen niemals wegen turpis causa annulliert werden darf, wenn das zugrund liegende Kausalgeschäft zwar von irgendwelchen unsittlichen Motiven getragen ist, aber seinerseits nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten annulliert werden kann. Hier greifen die Ausführungen Oertmanns[393]) ein, daß nicht jede unsittliche oder verbotswidrige Handlungsweise auf der einen Seite das Rechtsgeschäft selbst zum unsittlichen oder verbotswidrigen macht, daß also beispielsweise die Geschenke an den Mittellosigkeit vorspiegelnden Geizhals so wenig unter den § 134 und 138 fallen, als der Kauf eines Revolvers in der dem Gegner unbekannten Absicht, damit einen Mord zu begehen[394]).

§ 13. Die Beweisverteilung.

Die Beweisverteilungsfrage macht umso größere Schwierigkeiten, je unbestimmter der Schuldschein gefaßt ist. Sie interessiert in erster Linie bei den cautiones indiscretae.

---

393) Juristenzeitung VII, 106.

394) Das erste im Text erwähnte Beispiel, das von Oertmann stammt, stellt ja freilich einen regelrechten (richtiger Ansicht nach auch strafbaren) Betrug dar, gegen den mit § 123 u. 823 Abs. 2 BGB. zu reagieren ist. — Das andere von Oertmann a. a. O. für die bloß subjektive Unsittlichkeit herangezogene Beispiel der Geschenkannahme eines Beamten ist insofern schlecht gewählt, als hier meistens

Nun ergibt sich ja die grundsätzliche Verteilung der Beweislast aus dem, was in § 9 und 10 über Klagbegründung und Verteidigung ausgeführt wurde, sowie aus dem in § 5 erörterten Standpunkt des Gesetzes, kraft dessen die Obligationsbegründung als selbständige Vermögensleistung aufgefaßt wird. Daraus folgt zunächst für die Fälle, in denen der Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung herangezogen werden muß, ohne weiteres, daß der Schuldner den Kausamangel darzutun hat[395]. Nicht anders steht es in den Fällen, in denen die Nichtigkeit des Schuldvertrags wegen Reprobation des zugrunde liegenden aus Schuldschein und Klagvortrag nicht erhellenden Kausalverhältnisses geltend gemacht wird. Auch hier verlangt der Zweck des ganzen Rechtsinstituts die Statuierung eines rechtsausschließenden Tatbestands, der zur Einrede im prozessualen Sinn führt.

Es fragt sich nun aber wieder speziell bei der cautio indiscreta, was zur Aufdeckung des Kausamangels von seiten des Schuldners nachzuweisen ist. An und für sich muß zu diesem Zweck zweierlei festgestellt werden, einmal der spezifische Hilfsgeschäftszweck, der verfolgt werden sollte, andererseits die Grundobligation, deren Nichtexistenz oder Fehlerhaftigkeit behauptet werden soll. Die beiden Momente werden in der Praxis sich nicht immer deutlich von einander abheben. Es kann z. B. sein, daß gegenüber einer Klage aus einem abstrakt gefaßten Schuldschein der Beklagte sofort nachweist, es liegt eine Spielforderung oder eine turpis causa zwischen den Parteien zugrunde. Dann bedarf es keiner weiteren Untersuchung, ob bloßer Klag-

---

Verbotsgesetze eingreifen werden, die allerdings den § 134 auslösen. (In beiden Oertmann'schen Fällen kommt natürlich für das Schenkungsversprechen die Formvorschrift des § 518 in Betracht.)

395) Davon dürfte auch die Praxis übereinstimmend ausgehen. Vergl. u. a. neuestens Urteile des 6. Civilsenats v. 16. Jan. 1905 in Gruchots Beitr. 49. Jahrg. Nr. 63 S. 916. 917.

erleichterungszweck vorlag, oder ob zugleich irgendwelche Schuldabänderung oder Feststellung vorgenommen werden sollte. Nur in einem Fall, nämlich wenn von seiten des Gläubigers die Behauptung aufgestellt wird, daß gerade über die Tatfrage, ob eine zwischen den Parteien zweifelhafte Forderung auf Spiel beruht habe, Streit bestanden habe und daß dieser Streit durch feststellenden Vertrag (Vergleich) beseitigt werden sollte, würde die Qualität des Hilfsgeschäfts einer besonderen Untersuchung bedürfen. Es wird ferner häufig vorkommen, daß Schuldner sofort darlegt, wie er lediglich in der irrtümlichen Annahme eines bestimmten Schuldverhältnisses den Schein ausgestellt habe. Aus dem vorgetragenen Tatbestand erhellt gleichzeitig das Vorhandensein eines bloßen Klagerleichterungsgeschäfts und die bestimmte Grundobligation, bezüglich deren die Klagerleichterung beabsichtigt war. Logisch hat man in allen diesen Fällen die beiden Fragen zu unterscheiden, und wenn man in den genannten Beispielen genauer zusieht, treten sie auch deutlich auseinander[396]. Aus dem Grundsatz, daß der Schuldner die ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers darzutun hat, ergibt sich nun an und für sich seine Beweislast nach beiden Richtungen. Mit diesem abstrakten Satz darf man sich jedoch nicht zufrieden geben. Es sind vielmehr die verschiedenen einzelnen Konstellationen des beiderseitigen Vorbringens zu untersuchen, und dabei ist zu prüfen, inwieweit sich aus denselben Verschiebungen ergeben, bezw. inwieweit Beweiswürdigungsmomente modifizierend eingreifen.

Zu diesem Zweck sind die beiden Seiten, Darlegung der „Hilfsgeschäftsfunktion" und Darlegung der „Grundobligation" zu unterscheiden.

---

396) Im ersterwähnten Beispiel wird alternativ vorgetragen, daß entweder Klagerleichterungs- oder Schuldabänderungs- oder Feststellungszweck (also jedenfalls nicht Delegationsversprechen) vorliege.

Nun ergibt sich ja die grundsätzliche Verteilung der Beweislast aus dem, was in § 9 und 10 über Klagbegründung und Verteidigung ausgeführt wurde, sowie aus dem in § 5 erörterten Standpunkt des Gesetzes, kraft dessen die Obligationsbegründung als selbständige Vermögensleistung aufgefaßt wird. Daraus folgt zunächst für die Fälle, in denen der Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung herangezogen werden muß, ohne weiteres, daß der Schuldner den Kausamangel darzutun hat[395]). Nicht anders steht es in den Fällen, in denen die Nichtigkeit des Schuldvertrags wegen Reprobation des zugrunde liegenden aus Schuldschein und Klagvortrag nicht erhellenden Kausalverhältnisses geltend gemacht wird. Auch hier verlangt der Zweck des ganzen Rechtsinstituts die Statuierung eines rechtsausschließenden Tatbestands, der zur Einrede im prozessualen Sinn führt.

Es fragt sich nun aber wieder speziell bei der cautio indiscreta, was zur Aufdeckung des Kausamangels von seiten des Schuldners nachzuweisen ist. An und für sich muß zu diesem Zweck zweierlei festgestellt werden, einmal der spezifische Hilfsgeschäftszweck, der verfolgt werden sollte, andererseits die Grundobligation, deren Nichtexistenz oder Fehlerhaftigkeit behauptet werden soll. Die beiden Momente werden in der Praxis sich nicht immer deutlich von einander abheben. Es kann z. B. sein, daß gegenüber einer Klage aus einem abstrakt gefaßten Schuldschein der Beklagte sofort nachweist, es liegt eine Spielforderung oder eine turpis causa zwischen den Parteien zugrunde. Dann bedarf es keiner weiteren Untersuchung, ob bloßer Klag-



erleichterungszweck vorlag, oder ob zugleich irgendwelche Schuldabänderung oder Feststellung vorgenommen werden sollte. Nur in einem Fall, nämlich wenn von seiten des Gläubigers die Behauptung aufgestellt wird, daß gerade über die Tatfrage, ob eine zwischen den Parteien zweifelhafte Forderung auf Spiel beruht habe, Streit bestanden habe und daß dieser Streit durch feststellenden Vertrag (Vergleich) beseitigt werden sollte, würde die Qualität des Hilfsgeschäfts einer besonderen Untersuchung bedürfen. Es wird ferner häufig vorkommen, daß Schuldner sofort darlegt, wie er lediglich in der irrtümlichen Annahme eines bestimmten Schuldverhältnisses den Schein ausgestellt habe. Aus dem vorgetragenen Tatbestand erhellt gleichzeitig das Vorhandensein eines bloßen Klagerleichterungsgeschäfts und die bestimmte Grundobligation, bezüglich deren die Klagerleichterung beabsichtigt war. Logisch hat man in allen diesen Fällen die beiden Fragen zu unterscheiden, und wenn man in den genannten Beispielen genauer zusieht, treten sie auch deutlich auseinander[396]). Aus dem Grundsatz, daß der Schuldner die ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers darzutun hat, ergibt sich nun an und für sich seine Beweislast nach beiden Richtungen. Mit diesem abstrakten Satz darf man sich jedoch nicht zufrieden geben. Es sind vielmehr die verschiedenen einzelnen Konstellationen des beiderseitigen Vorbringens zu untersuchen, und dabei ist zu prüfen, inwieweit sich aus denselben Verschiebungen ergeben, bezw. inwieweit Beweiswürdigungsmomente modifizierend eingreifen.

Zu diesem Zweck sind die beiden Seiten, Darlegung der [illegible]geschäftsfunktion" und Darlegung der „Grund[illegible] [illegible] unterscheiden.

[illegible] wähnten Beispiel wird alternativ vorgetragen, daß [illegible] terungs- oder Schuldabänderungs- oder Feststellun[illegible] [illegible] Delegationsversprechen) vorliegt

Was zunächst die Hilfsgeschäftsfunktion anlangt, so ist es gewiß unzulässig, allgemein von einer praesumptio facti zu gunsten des bloßen Klagerleichterungszwecks auszugehen. Es gibt keine Erfahrungsregel, daß bei den abstrakten Schuldversprechen regelmäßig der Klagerleichterungszweck allein stehe. Wohl aber wird das konkrete Vorbringen des Gläubigers unter Umständen den Beweis des Schuldners erleichtern oder entbehrlich machen.

Setzen wir zunächst einmal den Fall, daß der Schuldner in der Verteidigungsposition sich befindet. Hier ist zu beachten, daß, wie in § 9 ausgeführt, zur Klagbegründung der Nachweis „des Willens sich selbständig zu verpflichten" gehört. Dieser Nachweis kann nun von seiten des Klägers dadurch erbracht werden, daß er seinerseits eine Delegationssituation oder eine Schuldabänderungs- oder Feststellungsabsicht darlegt. In diesen Fällen trifft offensichtlich den Schuldner bezüglich der Hilfsgeschäftsfunktion keine Behauptungs- und Beweislast mehr. Die Behauptung eines abstrakten Vertrags kann aber auch auf seiten des Klägers lediglich dadurch gestützt werden, daß er geltend macht: jedenfalls lag die Absicht vor, die Klagbegründung auf den Schuldschein hin zu ermöglichen. Hat er in dieser Weise selbst auf den Klagerleichterungszweck Bezug genommen, so wird man auch dem Schuldner gestatten müssen, zunächst darauf zu fußen. Er wird sich bis auf weiteres darauf beschränken können, die Beziehung des Schuldversprechens auf eine bestimmte Grundobligation, sowie deren Nichtexistenz oder Andersexistenz zu behaupten und eventuell zu beweisen. Wie nun aber, wenn der klagende Gläubiger die Behauptung aufstellt, daß jener Klagerleichterungszweck, auf den er sich zunächst stützte, nicht der einzige Zweck des Geschäfts gewesen sei, daß vielmehr noch andere Hilfsgeschäftszwecke zugrund lagen?

Dabei kann abgesehen werden von den Fällen, in denen

aus dem Vorbringen des Schuldners ohne weiteres kraft Auslegung sich ergibt, daß das selbständige Versprechen eine weitere Bedeutung als die einer bloßen Klagerleichterung gehabt haben mußte. So z. B., wenn Schuldner darlegt, daß er als Käufer vor Lieferung der Ware oder als Bürge einen indiskreten Schuldschein ausgestellt habe, wobei der Verzicht auf die exceptio non adimpleti contractus und das beneficium excussionis klar zutage liegt. Man denke vielmehr an Situationen wie folgende: Schuldner bringt vor, daß er das Versprechen oder Anerkenntnis für eine Kaufschuld abgegeben, inzwischen aber ersehen habe, daß die Kaufsache mangelhaft und er zur Wandelung oder Kaufpreiskürzung berechtigt sei. Gläubiger behauptet demgegenüber, daß über die Frage der Mangelhaftigkeit vorher gesprochen worden sei, Schuldner sich von der Unschädlichkeit des Mangels überzeugt und darauf hin den Schuldschein ausgestellt habe. Oder: Schuldner behauptet schlechthin das Anerkenntnis für eine vermeintliche Schuld seines Erblassers ausgestellt zu haben, während Gläubiger vorbringt, es sei über diese Schuld gestritten worden und darauf ein Vergleich zustande gekommen, bei dem der Schuldner die Hälfte der Schuld anerkannte, er der Gläubiger aber die andere Hälfte nachgelassen habe.

Von dem im Gesetz festgehaltenen Ausgangspunkt der Bereicherungsanfechtung und vom Boden der herrschenden Beweistheorie aus wird man zu dem Resultat gelangen müssen, daß der Schuldner die Beweislast trägt, daß also, falls kein Zeugenbeweis in Frage steht, er seinerseits den Eid zuzuschieben hat. In gleicher Weise müßte, wenn Streit darüber entsteht, wie weit die Feststellung bei Abgabe des selbständigen Schuldversprechens gereicht habe, grundsätzlich den Schuldner die Beweislast treffen. Daß sie ihn trifft bezüglich der Behauptung, man sei bei dem Vergleich oder Feststellungsgeschäft von falschen Voraussetzungen im Sinn

des § 779 ausgegangen, dürfte unbestritten sein. Es ergibt sich dies wohl schon aus der Fassung dieses Paragraphen.

Dies Resultat wird vor allen Dingen angefochten werden können vom Standpunkt einer Beweislasttheorie aus, welche annimmt, daß immer denjenigen die Beweislast treffe, der über das von beiden Parteien Zugegebene hinaus weitere positive Tatsachen behaupte. Von dieser Anschauung aus müßte man sagen, wenn Gläubiger behauptet, daß weitere Verhandlungen stattgefunden haben, andere Worte gesprochen worden seien, so hat er das zu beweisen. Nun ist aber diese Negativentheorie auch durch ihren neusten Vertreter Brodmann[397]) keineswegs erwiesen worden. Es ist daher bis auf weiteres bei dem Ausgangspunkt der herrschenden Beweislehre stehen zu bleiben[398]). Nur das eine ist unbedenklich zuzugeben und in der scharfen Hervorhebung dieses Punkts liegt ein wesentliches Verdienst der Brodmann'schen Arbeit, daß keine allgemeinen Negativen zu behaupten und zu beweisen sind, daß also der Gläubiger sich nicht auf den Standpunkt stellen darf, einfach zu erklären, ich bestreite, daß ein bloßer Klagerleichterungsvertrag vorliegt, ich verlange, daß Schuldner dies beweise. Es folgt dies vor allem aus dem Prinzip der Tatsachenanalysierung, auf das sofort zurückzukommen sein wird.

Das gewonnene Resultat darf auch nicht bekämpft werden durch Bezugnahme auf den § 814. Man könnte ja wohl versucht sein, folgendermaßen zu argumentieren: Durch Stellung und Fassung dieses Paragraphen sollte zum Ausdruck gebracht werden, daß nicht der indebite Leistende seinen Irrtum, sondern vielmehr der Gegner die Kenntnis

---

397) Im civ. Archiv Bd. 98 S. 66 ff.

398) Daß freilich das letzte Wort in der ganzen Beweislastfrage trotz der Hochflut von Monographieen noch nicht gesprochen ist, erscheint dem Verf. zweifellos.

des indebitum nachzuweisen habe. Daraus folge, daß auch die Ungewißheit, die zum Vergleich oder Feststellungsgeschäft führe, vom Gegner des indebite promittierenden Schuldners dargetan werden müssen. Eine solche Bedeutung kommt nun aber dem § 814 keinenfalls zu. Gedacht war bei demselben zunächst an die Fälle der Zahlung. Wenn der Zahlende einerseits die Zahlungsabsicht und sodann das indebitum nachgewiesen hat, sollte — das wollte man allerdings bestimmen — der Irrtum präsumiert werden. Für die causa solvendi selbst wird keine Vermutung aufgestellt. Dem würde nur entsprechen, daß, wenn bei der promissio die Beziehung auf eine als bestehend vorausgesetzte Schuld dem objektiven Sinn der Erklärungen nach feststeht, auch vermutet würde, der Schuldner habe sich über das Bestehen derselben subjektiv im Irrtum befunden. Dagegen kann eine Präsumtion zu gunsten des einen oder andern Hilfsgeschäftszwecks unmöglich aus dem § 814 abgeleitet werden.

Ganz entsprechend gestaltet sich die Sachlage, wenn der Schuldner seinerseits die negative Feststellungsklage oder die Liberationskondiktion anstellt. Hier trifft den klagenden Schuldner von Haus aus die Beweislast hinsichtlich des Hilfsgeschäftszwecks. Eine Basis, auf der er zunächst fußen könnte, ist von seiten des Gegners nicht geschaffen. Immerhin wird auch hier die Möglichkeit bestehen, zunächst vom Klagerleichterungszweck auszugehen. Erst wenn der beklagte Gläubiger einen Feststellungs- oder Schuldabänderungszweck behauptet, wäre eventuell der Beweis gegen diese bestimmte Behauptung zu richten.

Ein besonderer Fall des Streits über den Hilfsgeschäftscharakter des selbständigen Versprechens liegt vor, wenn dasselbe in der Delegationssituation abgegeben ist und es sich nun fragt, ob bloßes Forderungsüberweisungsversprechen oder reines Delegationsversprechen gemeint gewesen sei. Hier wird vielleicht der Gedanke näher liegen, das Schuldner-

interesse in der Weise zu betonen, daß man in zweifelhaften Fällen vom Gläubiger den Beweis der materiellen Abstraktheit verlangte. Man könnte etwa sagen, die Rechtsordnung hat darauf zu sehen, daß der Schuldner nur dann in dieser scharfen Weise gebunden wird, wenn dies zweifellos seiner Parteiabsicht entspricht [399]). Auf der anderen Seite weist die Konstruktion des BGB., das die verschiedenen Geschäftszwecke nicht unterscheidet, und ein- für allemal von der Anfechtung der selbständigen Schuldversprechen und Anerkenntnisse aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung ausgeht, auf die Beweislast des Schuldners hin. Die Frage ist sehr schwierig zu beantworten und könnte zu praktischen Uebelständen führen, wenn nicht ein Auslegungsgrundsatz eingriffe, der sie u.s E.s bedeutungslos macht. Ist in der Delegationssituation ein reines Summenversprechen abgegeben, oder auf eine fiktive Causa abgestellt, etwa in der Weise, daß Delegat ein Darlehen vom Delegatar empfangen zu haben anerkennt, so ist ein solcher Schuldschein der Regel des Verkehrs entsprechend als materiell abstraktes Delegationsversprechen auszulegen. Der Schuldner hätte den Beweis zu erbringen, daß aus den vorangegangenen mündlichen Verhandlungen die Absicht, ein bloßes Forderungsüberweisungsversprechen abzugeben, zu entnehmen sei. In den übrigen Fällen, wenn z. B. eine certa res versprochen wird, und jedenfalls wenn im Schuldschein ausgesprochen ist, daß man dem Deleganten eine Summe schulde und dieselbe nun dem Delegatar zahlen wolle, ergibt sich die entgegengesetzte Vermutung, und es liegt daher dem Gläubiger die Widerlegung derselben ob. So läßt sich kaum ein Fall denken, in dem auf die grundsätzliche Beweisverteilung abgestellt werden müßte. Sollte dies dennoch der Fall sein, so würde man sich wohl für das Recht des BGB. für die grundsätzliche Beweis-

399) S. o. N. 86, wo die Frage für das gemeine Recht aufgeworfen ist.

last des Schuldners zu entscheiden haben.

Wenden wir uns nunmehr zur Darlegung der Grundobligation, deren Fehlen oder Mangelhaftigkeit nachgewiesen werden soll. Auch hier gelangt man nach den allgemeinen Grundsätzen zu dem Schluß, daß der Schuldner eine bestimmte Kausalbeziehung zu behaupten und im Bestreitungsfall zu beweisen hat. Nun wurde die Meinung aufgestellt, daß dieses Verlangen einer Aufdeckung der Grundobligation eine viel zu harte Anforderung an den Schuldner enthalte, daß man dabei vielfach zu einer wahren probatio diabolica gelange, der strikte Beweis, daß dieses bestimmte Kausalverhältnis und kein anderes zu Grund liege, häufig gar nicht geführt werden könne[400]).

Dabei dürften die Vorstellungen über die zur Anwendung kommenden Grundsätze des Beweisrechts keine genügend geklärten sein. Einmal wird schon übersehen das Eingreifen der freien richterlichen Beweiswürdigung zu gunsten des Beklagten, auf die schon oben am Ende des § 5 hingewiesen wurde[401]). Es dürfte ferner übersehen sein das in unserem Civilprozeß unentbehrliche, in der Praxis allgemein gehandhabte Prinzip der Tatsachenanalysierung, das dem Kläger nicht gestattet, einer zusammengesetzten Behauptung des Beklagten ein unbestimmtes Bestreiten gegenüberzustellen.

Den ersten Gedanken hat F. Leonhard in seinem Buch über die Beweislast[402]) energisch zum Ausdruck gebracht. Er hat im Anschluß an mannigfache Aeußerungen in der vorausgegangenen Rechtsprechung den Gesichtspunkt

---

400) S. Kindel a. a. O. § 19, insbes. S. 69 N. 50.

401) Dieselbe spielt gerade bei der Frage, ob bei behaupteter Klagwiederholung den Schuldner die Beweislast treffe, daß die jetzt eingeklagte Forderung mit einer schon anhängigen oder früher eingeklagten, identisch sei, eine entscheidende Rolle. (Die oben im § 5 enthaltenen Ausführungen sind übrigens auf Grund der näheren Darlegungen im Folgenden teilweise zu ergänzen bezw. zu modifizieren).

402) S. § 58 ff., namentlich § 60.

der freien Beweiswürdigung auch dazu benutzt, um eine Nötigung der Parteien zur möglichsten Zurückführung ihrer widersprechenden Behauptungen auf einzelne konkrete Tatsachen zu erzwingen. Je nach Lage der Umstände soll aus dem Schweigen oder unsubstantiierten Leugnen des einen Teils ein Indiz für die Wahrheit der gegnerischen Behauptung entnommen werden können. Es wird sich wohl nicht bestreiten lassen, daß dieser Gesichtspunkt herangezogen werden kann, und daß er in einer Reihe von Fällen zu dem gewünschten Ziele führt. Es fragt sich nur, ob derselbe so weit reicht, als Leonhard annimmt [403]). Den Schluß, daß die vom Schuldner behauptete Kausalbeziehung in der Tat dem abstrakten Schuldversprechen zu grund gelegen habe, wird der Richter auf dem Weg der Beweiswürdigung nur ziehen dürfen, wenn er die Ueberzeugung erlangt, daß der Gläubiger, der die Kausalbeziehungen kennen muß, absichtlich mit näheren Angaben zurückhält. Ist ersichtlich, daß Gläubiger, der beispielsweise das Forderungsrecht geerbt, nichts weiß, so kann zweifellos aus dem Mangel von Angaben vom Beweiswürdigungsstandpunkt aus kein Schluß zu seinen Ungunsten gezogen werden.

Neuerdings hat, wie schon bemerkt, Brodmann in beachtenswerter Ausführung [404]) wieder scharf betont, daß,

403) Ob und inwieweit sonst der Gedanke der Beweiswürdigung überspannt wird, kann hier nicht des näheren erörtert werden. Zu vergleichen sind darüber die Bemerkungen v. Brodmann Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 98 S. 164. 165.

404) Eine Gesamtwürdigung derselben ist hier so wenig möglich als ein weiteres Eingehen auf die Beweislasttheorieen. Bemerkt werden mag nur, daß dem Verf. die Brodmann'sche Theorie in zwei Richtungen fehlzugehen scheint. Einmal folgen aus dem Postulat der Tatsachenanalysierung nur Behauptungslasten. Es darf nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß der Behauptungslast auch die Beweislast entspreche. Hierin liegt eine entscheidende petitio principii der Brodmann'schen Schrift. Außerdem darf man aber die Tatsachenanalysierung nicht in der Weise auf die Spitze treiben, wie das bei Brodmann geschieht. Es muß in größerem Umfang der

soweit dies irgendwie tunlich, bei einander gegenübertretenden allgemein gefaßten Behauptungen der Parteien die konkreten Tatsachen herausgeschält werden müssen, bezüglich deren die beiderseitige Darstellung eine verschiedene ist. Aus diesem Postulat, das man, wie hier geschehen, etwa als Tatsachenanalysierungsprinzip bezeichnen kann und das, wenn auch vielfach unbewußt, überall in der Praxis befolgt wird, ergibt sich bald eine weitere Behauptungslast des Klägers, bald eine solche des Beklagten. Wird z. B. gegenüber der Darlegung eines Kaufvertrags nur eingewendet, ich bestreite, daß der Vertrag unbedingt abgeschlossen ist, so wird kein Gericht diese unbestimmte Bestreitung passieren lassen. Allgemein, auch von den Anhängern der sog. Leugnungstheorie, wird hier davon ausgegangen, daß den Beklagten eine bestimmte Be-

---

Unbestimmtheit der Erinnerung und Wahrnehmung Rechnung getragen werden, als er zugeben will. Häufig wird man dabei stehen bleiben müssen, zum Beweis zu verstellen, ob in diesem Stadium der Verhandlungen eine zustimmende oder ablehnende Erklärung abgegeben worden sei, gleichgültig mit welchen Worten. Hier ist es denn auch jedenfalls unzulässig, sich an gewisse Worte, die von beiden Seiten übereinstimmend angegeben werden anzuklammern und nun auf Grund der diesen aus dem Zusammenhang herausgerissenen Worten zukommenden Bedeutung die Beweislast regulieren zu wollen. Die Entscheidung des Telephonbeispiels durch Brodmann (a. a. O. S. 120. 121) dürfte nur geeignet sein, seine Theorie zu diskreditieren. Er geht davon aus, daß ungewiß ist, ob auf eine telephonische Offerte bloß mit ja (oder auch „ja ich bin einverstanden") oder mit den Worten „ja, das fällt mir gar nicht ein", geantwortet wurde. Da das Wort „ja" zugestanden sei, habe der Beklagte (der angebliche Akzeptant) zu beweisen, daß er auch die weiteren Worte hinzugefügt habe. Daß es Brodmann selbst nicht ganz wohl bei dieser Entscheidung ist, zeigt seine weitere Ausführung, mit der er das Resultat zu stützen sucht: Der Beklagte habe sich seine ungünstige Position selbst zuzuschreiben, wenn er sich einer so ungeschickten Wendung zum Zweck der Ablehnung des Angebots bediene. Diese Behauptung wird vor allem in Württemberg, wo gewisse Bevölkerungskreise beinahe jede Antwort mit „ja" oder „ha" einleiten (wobei unter guten Bekannten vielfach noch bei Ablehnungen ein „du Rindvieh" oder eine ähnliche Freundschaftsbezeugung beigefügt zu werden pflegt), wenig Anklang finden.

hauptungslast treffe, er muß regelmäßig angeben, welche Klausel beigefügt worden sein soll. Mindestens muß er angeben, wie er dazu kommt, die Hinzufügung einer Bedingung zu behaupten. Denn Fälle, in denen ihm nicht zugemutet werden kann, die genaue Fassung der Bedingung anzugeben, werden nicht ganz ausgeschlossen sein.

Ob man nun diese allgemein gehandhabte und unentbehrliche Praxis auf das Verhandlungsprinzip zurückführt, das ja in sehr verschiedener Weise gefaßt werden kann und tatsächlich gefaßt wird, oder ob man ein selbständiges prozessuales Prinzip konstruiert, ist von untergeordneter Bedeutung.

Wendet man nun dieses Analysierungsverfahren auf die zur Betrachtung stehende Situation bei den abstrakten Schuldverträgen an, so ergibt sich, daß eine ganze Reihe verschiedener Fälle auseinanderzuhalten sind.

Die Behauptung des Schuldners, das abstrakte Versprechen beziehe sich auf dieses konkrete Kausalverhältnis, kann sich darauf stützen, daß in den Verhandlungen, die zum abstrakten Versprechen führten, mit diesen oder jenen bestimmten Worten auf das betreffende Kausalverhältnis Bezug genommen sei. Stellt nun dem der Gläubiger die Behauptung gegenüber, daß die in Frage stehenden Worte anders gelautet haben, so entstehen keine Schwierigkeiten bezüglich der Beweislast. Daß hier der Schuldner zu beweisen hat, wird nicht fraglich und auch nicht zu beanstanden sein. Erklärt der Gläubiger, daß eine ausdrückliche Bezeichnung des Kausalverhältnisses überhaupt nicht stattgefunden habe, weil man stillschweigend von einem solchen und zwar einem andern als dem vom Schuldner angegebenen (das nun konkret bezeichnet wird) ausgegangen sei, so werden sich wiederum keine Bedenken gegen die Beweislast des Schuldners erheben lassen. Solche Bedenken entstehen erst, wenn Gläubiger sagt, ich weiß überhaupt nicht, wie es bei den Verhandlungen zugegangen ist, ich habe das Forderungsrecht

ererbt oder von einer nicht mehr beizubringenden Person cediert erhalten. Ich verlange deshalb, daß der Schuldner die behauptete Verabredung beweise. Hier wird man das Verhalten des Gläubigers, das Begehren nach einem weiteren Beweis der aufgestellten Behauptung nicht schlechthin für ungerechtfertigt erklären können. Es ist deshalb nicht möglich, wie in den Fällen willkürlicher Weigerung jeder weiteren Auskunft den Schuldner einfach vom Beweis zu entbinden. Der Schuldner wird also seine Beweismittel anzugeben haben. Hat er Zeugen oder Urkunden, so ergeben sich keine Schwierigkeiten. Fehlt es an solchen, so wird der Richter immerhin sich auf den Standpunkt stellen können, die überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht für den Schuldner. Dem Gläubiger, der sich um die Kausalbeziehung seines Forderungsrechts nicht umgetan, bezw. dem Erben einer Person, die nicht für die Klarstellung desselben gesorgt hat, geschieht kein Unrecht, wenn dem Schuldner ein richterlicher Ergänzungseid auferlegt wird. Dieser Eid wird dahin formuliert werden können, der Schuldner habe nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt, daß die ihm von seinem Rechtsvorgänger mitgeteilten Tatsachen wahr seien.

Stützt der Schuldner seine Behauptung einer bestimmter Kausalbeziehung auf Indizienbeweis, in dem er etwa darlegt, es war damals ein Kaufvertrag zwischen den Parteien abgeschlossen oder vorausgesetzt, bei dem der Kaufpreis (oder etwa der Rest desselben) die Summe, auf die der Schuldschein lautet, ausmachte, so kann der Gläubiger wiederum diese Tatsachen bestreiten. In diesem Fall stellt sich die Beweisverteilung wie oben. Es wird, sofern der Gläubiger keine weiteren Kausalbeziehungen angibt, auf die die cautio indiscreta ebenfalls bezogen werden kann, wiederum eine Wahrscheinlichkeit zu gunsten des Schuldners sprechen, die zum richterlichen Eid Anlaß geben kann. Vermag der

Schuldner den Beweis des von ihm behaupteten Kausalverhältnisses nicht zu erbringen, so ist sein Angriff gescheitert. Liefert er ihn und der Gläubiger gibt keine weiteren Beziehungsmöglichkeiten an, so wird davon auszugehen sein, daß das Schuldversprechen auf dieses Kausalverhältnis sich beziehe. Dies kann sowohl auf eine aus dem Analysierungsprinzip abgeleitete Behauptungslast des Gläubigers als auf den schon oben in § 5 erwähnten Wahrscheinlichkeitsschluß gegründet werden, daß bei gleichzeitigem Vorliegen mehrerer Grundobligationen desselben Betrags in dubio nicht zur cautio indiscreta gegriffen worden wäre.

Ist die Existenz des vom Schuldner behaupteten Kausalverhältnisses zugestanden oder bewiesen, der Gläubiger gibt jedoch weitere Kausalverhältnisse an, auf die der Schuldschein sich ebenso bezogen haben kann, so ist der Indizienbeweis des Schuldners gescheitert, wenn er nicht darzutun vermag, entweder daß jene Kausalverhältnisse nicht existiert haben, oder daß aus irgendwelchen Gründen das Versprechen sich nicht auf sie bezogen haben kann. Vorauszusetzen ist dabei, daß Gläubiger seine Angaben irgendwie durch Aufweisung von Umständen, die ihn zu seiner Annahme anderer Beziehungen veranlassen, stützt.

Wieder etwas anders gestaltet sich die Sachlage, wenn Gläubiger angibt, daß das vom Schuldner benannte Kausalverhältnis zwischen den Parteien einmal geschwebt habe, zur Zeit des Versprechens aber schon als nichtbestehend oder erledigt erkannt gewesen sei. Auch hier wird man den Indizienbeweis als mißlungen betrachten müssen, wenn die tatsächlichen Angaben des Gläubigers, aus denen die Erledigung geschlossen werden soll, nicht widerlegt werden. Sind jedoch keine anderen Beziehungsmöglichkeiten vom Gläubiger namhaft gemacht, oder die namhaft gemachten widerlegt, so greifen wieder Beweiswürdigungsmomente zu gunsten des Schuldners ein. — Unter keinen Umständen

kann sich der Gläubiger einfach auf den Standpunkt zurückziehen, daß er sagt, ob das vom Schuldner genannte Kausalverhältnis bestanden hat und ob andere bestanden haben, darüber spreche ich mich nicht aus, es können jedenfalls auch andere Beziehungen vorhanden gewesen sein, deshalb soll Schuldner beweisen.

Die besprochene Kasuistik, die selbstverständlich nicht den Anspruch erheben kann, erschöpfend zu sein, dürfte ergeben, daß bei richtiger Handhabung des Analysierungsprinzips und der Beweiswürdigung keine für den Schuldner unerträglichen Beweislagen entstehen. Freilich wurde bisher immer vorausgesetzt, daß der Schuldner seinerseits irgendwelche Angaben über die Kausalbeziehung zu machen vermag. Ist er dazu außer Stand, so wird er zur Zahlung genötigt werden müssen. Eine Möglichkeit, von vornherein den Gläubiger aus der Reserve herauszutreiben und von ihm die Angabe des Kausalverhältnisses zu verlangen, etwa mit der Begründung, da ich Erbe bin, kann ich von der Kausalbeziehung nichts wissen, dürfte schwerlich zu rechtfertigen sein. Es würde das in unmittelbarem Widerspruch mit dem ganzen Zweck der Zulassung indiskret gefaßter Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse stehen. Die Stellungnahme des justinianischen Rechts, daß gegenüber einer cautio indiscreta mittelst einer exceptio doli die Angabe des Kausalverhältnisses erzwungen werden konnte, ist absichtlich aufgegeben worden, und es darf nicht etwa der Versuch unternommen werden, auf dem Weg der Berufung etwa auf § 242 oder auf § 826 dieselbe wieder einzuführen. Jedenfalls kann die Beweisnotlage des Schuldners allein noch nicht genügen, um etwa den § 826 auszulösen. Höchstens wenn der Schuldner dartut, daß dem Gläubiger das Kausalverhältnis wohl bekannt sei und bestimmte Gründe dafür sprechen, daß er wider besseres Wissen eine ihm selbst bedenklich erscheinende Forderung einklage, könnte an eine

Einrede aus § 826 gedacht werden. Aehnliche Situationen könnten vielleicht entstehen, wenn Aeußerungen des Gläubigers beigebracht werden können, daß sämtliche Rechtsbeziehungen, die er zum Erblasser des Schuldners gehabt habe, erledigt seien, und er nun trotzdem auf den indiskreten Schuldschein ohne irgendwelche nähere Angaben sich beruft.

Daß nun aber abgesehen von derartigen eigentümlich gelagerten Fällen der Schuldner dazu angehalten wird, das Kausalverhältnis darzulegen, entspricht durchaus dem allgemeinen Rechtsbewußtsein. Wer eine cautio indiscreta ausstellt, der soll eben dafür Sorge tragen, daß er oder eventuell sein Erbe in der Lage ist, die Kausalbeziehung aufzudecken.

Aus demselben Gesichtspunkt ergibt sich, daß alle zweifelhaften Situationen bei Führung des geschilderten Indizienbeweises mit Recht zu Ungunsten des Schuldners erledigt werden.

Dies angemessen zu finden wird man sich auch durch die Erwägung nicht abhalten lassen, daß zuweilen geschäftsunkundigen Personen, die nicht in der Lage sind, die erwähnten Vorsichtsmaßregeln zu ergreifen, solche indiskrete Schuldscheine aufgenötigt oder angeschwatzt werden. Vor allen Dingen darf man die genannte Gefahr nicht übertreiben. Ist es schon nicht richtig, anzunehmen, daß es regelmäßig der Gläubiger sei, welcher die indiskrete Fassung wünsche, liegt es vielmehr häufig genug im Interesse des Schuldners, die wahre causa nach außen zu verdecken, so werden die Fälle, in denen der zur Ausstellung eines solchen Scheins veranlaßte Schuldner es gänzlich versäumt, im eigenen Haushalt oder Geschäftsbetrieb für die Klarstellung des Schuldverhältnisses zu sorgen, überaus seltene sein. Den Uebelständen gegenüber, die sich bei der gemeinrechtlichen Behandlung der offenbar nicht auszurottenden cautio indiscreta gezeigt haben, kann die Gefahr einer ausnahmsweisen Ver-

gewaltigung geschäftsunkundiger Personen, die nicht einmal imstande sind, jenes Minimum von Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden, nicht ins Gewicht fallen. Man denke vor allem auch noch daran, daß eine Unterbindung der cautiones indiscretae in erster Linie zur häufigeren Benützung der Schuldscheine mit fiktiver causa führen würde, bei denen die Beweislage des Schuldners, wie noch zu erörtern, nicht besser ist — man müßte denn auch hier mit Gewaltmaßregeln zu seinen Gunsten eingreifen —, die Position den Cessionaren des ursprünglichen Gläubigers gegenüber aber wegen des Eingreifens von § 405 sich ungünstiger gestaltet.

Am wenigsten beanstandet wird wohl der letzte Grundsatz, daß bei feststehender Kausalbeziehung der Schuldner das Fehlen oder die Mangelhaftigkeit des Kausalverhältnisses darzutun hat, soweit sie nicht aus dem dargelegten Grundgeschäft (z. B. Spiel- oder Differenzgeschäft) ohne weiteres sich ergibt. Hier spricht ja wohl die Parallele mit der Situation nach erfolgter Zahlung aufs schlagendste für die angegebene Beweislastverteilung.

Auch in dieser Position kommt dem Schuldner noch die freie richterliche Beweiswürdigung und die bei dieser erforderliche Berücksichtigung der Erfahrungsregeln zu gute. Dies dürfte sich insbesondere in dem häufigen Fall der Darlehens-causa zeigen. Da indessen die Situation beim indiskret gefaßten Schuldschein nach Aufdeckung der Darlehens-causa sich in keiner Weise unterscheidet von der Sachlage bei einem den Empfang der Darlehenssumme ohne Angabe eines früheren Datums bekennenden Schuldschein, so ist die Betrachtung der verschiedenen sich hier eröffnenden Möglichkeiten zurückzustellen bis zur Behandlung dieses letztgenannten Falls.

Was den speziellen Fall der in der Delegationssituation ausgestellten cautio indiscreta anlangt, so steht wohl außer

Zweifel, daß der das Versprechen angreifende Schuldner in allen Fällen das Deckungsverhältnis und dessen Mangelhaftigkeit, beim reinen Delegationsversprechen auch entsprechend das Valutenverhältnis darzulegen hat.

Niemals hat, das ist ebenfalls wohl allgemein anerkannt, der Schuldner, der den Hilfsgeschäftszweck der Klagerleichterung und die Mangelhaftigkeit des Kausalverhältnisses dargelegt hat, noch seinen Irrtum zu beweisen. Vielmehr ergibt sich aus Stellung und Fassung der §§ 814 und 815, daß der Gläubiger die Kenntnis des indebitum oder der Unerreichbarkeit des verfolgten Zwecks nachzuweisen hätte.

Zunächst an die Fälle der cautio indiscreta dürften sich die Fälle anschließen, in denen aus den Darlegungen der Parteien, insbesondere des Schuldners, sich ergibt, daß eine fingierte causa in den Schuldschein eingesetzt ist. Ein klassisches Beispiel für diese Situation ist der von Bähr [405]) gegen die Beweisvertragstheorie ausgespielte Fall jenes N., der einem Restaurateur bescheinigt für Mittagstisch, den er in den Monaten Oktober bis Dezember vorigen Jahrs empfangen habe, x Mk. schuldig geworden zu sein und nun die Beweiskraft dieses Schuldscheins mit einem Alibibeweis zu widerlegen sucht.

Kein Zweifel, daß hier nach dem Recht des BGB. zu sagen ist: aus dem Vorbringen des N. ergibt sich, daß er keinen Beweisschuldschein ausstellen, sondern unter Verdeckung der in Wahrheit vorhandenen causa dem Restaurateur die Möglichkeit, Klage auf Grund des Schuldscheins zu erheben, gewähren wollte. Es liegt somit eine selbständige Obligationsbegründung im Sinne des § 781 vor, bei der es dem Schuldner anheimgegeben ist, das in Wirklichkeit zu Grund gelegte Kausalverhältnis und dessen Mangelhaftigkeit aufzudecken. — Bei dieser dem Schuldner obliegenden Beweislast treffen genau die Erwägungen und Modifikationen zu, die wir bei

405) Anerkennung 2. Aufl. S. 231.

der cautio indiscreta kennen gelernt haben [406]).

An die Fälle der Einführung einer völlig erfundenen causa in den Schuldschein schließen sich andere an, in denen zwar das gesamte Kausalverhältnis richtig bezeichnet ist, im einzelnen aber unrichtige Angaben gemacht werden.

So wird häufig vor Empfang der Darlehensvaluta ein Schuldschein ausgestellt, in dem anerkannt wird, daß man die Summe von x Mk. bar ausbezahlt erhalten habe. Oder es wird in Fällen des § 607 Abs. 2 auf Barzahlung abgestellt. In diesen Fällen genügt nicht der Gegenbeweis, daß eine Barzahlung nicht stattgefunden habe oder daß zur Zeit der Ausstellung des Scheins die Zahlung nicht gemacht gewesen sei. Ein solcher Beweis könnte ja mittelst Eideszuschiebung versucht werden. Dadurch würde nur die Wahrscheinlichkeit dargetan, daß entweder das Darlehen in anderer Weise zustande gekommen ist, oder überhaupt keine Darlehens-causa, sondern irgend eine andere Grundobligation vorlag, die verdeckt werden sollte [407]).

406) Die Angemessenheit des Resultats, daß bei dem geschilderten Verhalten des Beklagten die Verurteilung erfolgen muß, vermag auch Kindel (a. a. O. S. 79. 80) nicht zu bestreiten. Nur will er das Resultat auf dem Wege der Beweiswürdigung erreichen. Da sich der Beklagte auf ein allgemeines Bestreiten beschränkt habe, sei „aus den Umständen unter Zuhilfenahme des Scheins anzunehmen, daß die weiteren Behauptungen des Klägers, ein jüngerer Bruder des N habe den Mittagstisch erhalten und N die Schuld übernommen, der Wahrheit entsprechen". Anders sei zu entscheiden, wenn der Richter aus „irgend einem Umstand vermeine, dem Scheine nicht unbedingt trauen zu dürfen". Derartige Beweiswürdigungserwägungen könnten vielleicht bei dem angeführten Tatbestand allenfalls zu dem wünschenswerten Resultat führen. Allein sie genügen nicht für sich allein, um in andern Fällen eine angemessene Entscheidung zu garantieren. Man nehme z. B. an, daß ein Erbe des Restaurateurs klagt, der nicht in der Lage ist, weitere Auskunft zu geben, und daß sich ihm gegenüber der N nur auf seinen Alibibeweis beschränken wollte. Welche Angaben sollten denn dann als wahr angenommen werden? Daß es aber auch bei dieser Situation angemessen ist, den N zu verurteilen, dürfte sogar Kindel zugeben.

407) Zur Ablehnung der im Text erwähnten Eideszuschiebung muß

Der Aussteller des Schuldscheins wird also entweder den Nachweis erbringen müssen, daß er die vorausgegangene Beschaffung der Valuta aus den und den bestimmten Gründen irrtümlicherweise angenommen habe, während sie in Wahrheit nicht erfolgt sei. In diesem Fall ist die Situation eine durchaus klare; die Beweislast des Schuldners ist unbestritten und unbestreitbar. Dabei ist es auch vollkommen gleichgültig, ob der Schuldschein im Sinn eines Anerkenntnisses gemäß § 781 oder als bloßer Beweisschuldschein aufgefaßt wird. Oder aber es kann behauptet werden, daß der Schuldschein in Erwartung der Zahlung ausgestellt und diese nicht erfolgt sei[408]. Hier entstehen die bekannten Beweisschwierigkeiten, denen das römische Recht durch das Institut der querela non numeratae pecuniae zu begegnen suchte. Das Resultat, zu dem man hier unter allen Umständen für das heutige Recht gelangen sollte, ist, daß in

man auch gelangen, wenn feststeht, daß der Schuldschein als bloßer Beweisschuldschein gemeint war. Unter diesen Umständen fällt zwar die Möglichkeit weg, an eine Obligierung im Sinn des § 781 unter Heranziehung der Darlehensgrundsätze und an ein dadurch veranlaßtes Vorschützen der Darlehens-causa zu denken. Aber man wird kraft richterlicher Beweiswürdigung immer noch anzunehmen haben, daß solche Schuldscheine Beweis für ein irgendwie zustande gekommenes Darlehen erbringen. Es muß mit der Erfahrungstatsache gerechnet werden, daß die erfolgte Barzahlung verkehrsüblicherweise behauptet zu werden pflegt, auch wo die Valuta in anderer Weise beschafft und wo Austausch der Valutazahlung gegen den Schuldschein Zug um Zug erwartet wird.

408) Von der Eventualität, daß Schuldner ganz andere Kausalbeziehungen, z. B. Spiel- oder Schenkungs-causa behauptet, kann abgesehen werden. Ebenso von dem Fall, daß Gläubiger seinerseits in der Klagbegründung von der Darlehens-causa abgeht und z. B. Delegationsversprechen behauptet. Daß hier grundsätzlich die Partei zu beweisen hat, die vom Schuldschein abweichende Behauptungen aufstellt, und daß es sich nur darum handelt, inwieweit der Schuldschein auf Grund der zwischen den Parteien feststehenden Situationen auch noch für diese abweichenden Behauptungen nach dem Prinzip der freien Beweiswürdigung Beweis erbringt, bezw. inwieweit auf Grund der gegebenen Situation die Annahme einer causa ficta gerechtfertigt ist, liegt auf der Hand.

erster Linie das Prinzip der freien Beweiswürdigung herrschen muß. Dies ergibt sich für den gewöhnlichen Beweisschuldschein aus dem geschichtlichen Zusammenhang, speziell aus den bei Beseitigung der querela non numeratae pecuniae durch § 17 EG. zu CPO. zugrunde liegenden Tendenzen, die auf freie Beweiswürdigung abzielten. Zu demselben Ergebnis wird man aber auch für die Fälle gelangen müssen, in denen der Schuldschein als Anerkenntnis oder selbständiges Schuldversprechen aufzufassen ist. Die Vermutung, daß das BGB. durch die Möglichkeit, einen Darlehensschuldschein als selbständiges Schuldversprechen oder Anerkenntnis auszustellen, an der freien Beweiswürdigung in der vorliegenden Situation nichts ändern wollte, ergibt sich aus dem praktischen Bedürfnis.

Läßt sich ja doch in den Fällen, in denen der Schuldschein die Darlehens-causa benennt, vielfach gar nicht ermitteln, ob ein solches selbständiges Versprechen oder Anerkenntnis oder ein Beweisschuldschein beabsichtigt war. Da wäre es in hohem Grade mißlich, wenn von der Qualität des Schuldscheins eine verschiedene Beweislage der Parteien abhinge. Allein auch wo die Versprechens- oder Anerkenntnisnatur feststeht, wo z. B. eine cautio indiscreta ausgestellt war und erst auf Grund der beiderseitigen Parteivorträge sich herausgestellt hat, daß Darlehens-causa zu Grunde liegt und die Parteien nur darüber streiten, ob die Valuta ausgezahlt sei oder nicht, wird das Bedürfnis vorhanden sein, nach den Umständen des Falles zu bestimmen, ob durch die Ausstellung des Scheins der Beweis für die Valutazahlung als erbracht anzusehen ist[409]). Dabei wird

409) So auch, wenn bei einer Wechselklage sich der Streit auf den fraglichen Punkt konzentriert hat. S. darüber Wieland a. a. O. S. 170, der m.E. zu einseitig zu Gunsten des Schuldners entscheidet, weil er der Klagerleichterungsfunktion der abstrakten Verträge nicht gerecht zu werden vermag.

es auch keinen Unterschied machen, daß bei der Anfechtung des Schuldversprechens die Beweislast in letzter Linie den Schuldner trifft, während bei der Klage aus Darlehen der Gläubiger an sich die Valutazahlung darzutun hätte. Denn auch bei der Darlehensklage wird man sofort auf dem Weg der Beweiswürdigung zu der Annahme kommen, daß der Schuldner durch Bestätigung des Empfangs ein Zeugnis gegen sich ausgestellt habe, das gegen ihn wirken muß, wenn es nicht gelingt, es durch andere Beweiswürdigungsmomente zu entkräften.

Was nun schließlich jene weiteren Beweiswürdigungsmomente anlangt, so dürften folgende Ausgangspunkte in der Praxis zur Geltung kommen[410]).

Bekennt der Schuldschein den Darlehensempfang in einer bestimmt bezeichneten Vergangenheit (z. B. A bekennt am 3. August, daß er am 1. August die Summe von 1000 Mk. als Darlehen erhalten habe), so wird wohl allgemein dem Schuldner der Beweis auferlegt werden, daß die Valuta nicht bezahlt worden sei. Desgleichen wird kein Zweifel sein, daß er den Nichtempfang zu beweisen hat, wenn er bei unbestimmtem Empfangsbekenntnis längere Zeit bis zur ersten Protestation hat verstreichen lassen.

Gibt dagegen der Gläubiger zu, daß weder vor Ausfolgung des Schuldscheins noch Zug um Zug gegen dieselbe die Valuta beschafft worden sei, daß er sie vielmehr nachträglich zugestellt habe, so wird zunächst der Gläubiger den Nachweis der nachträglichen Zahlung zu erbringen haben[411]).

Auch in den übrig bleibenden Fällen wird noch vieles

---

410) Eine erschöpfende Darstellung der Beweiswürdigungsmomente ist niemals möglich.

411) Auch hier können sich übrigens aus der Unterlassung der Reklamation von Seiten des Schuldners wieder gegenteilige Schlüsse ergeben.

von den Umständen des konkreten Falls abhängen. Wird z. B. behauptet, daß der Bankbeamte am Komptoirschalter nach Empfang des Schuldscheins kaltlächelnd erklärt habe, das Geld zahle er nicht aus, den Schein gebe er auch nicht zurück, so wird für diese wenig wahrscheinliche Behauptung der Beweis zu erbringen sein. Immerhin können sich aber auch Situationen ergeben, in denen bei erwarteter Zug um Zug-Leistung die Beweiskraft des Schuldscheins abzulehnen und dem Gläubiger der Beweis der erfolgten Valutazahlung aufzuerlegen ist. Man denke z. B. an den Fall des Flüchtigwerdens der Mittelsperson, die das Darlehen auszuzahlen hatte.

Die erwähnten Darlehensbeispiele dürften schon darauf hingewiesen haben, daß die Beweislage des Schuldners sich erheblich günstiger als bei der cautio indiscreta gestaltet, wenn das Kausalverhältnis im Schuldschein angegeben ist. Es ist alsdann von dem angeführten Grundverhältnis auszugehen und der Schuldner kann seinen Beweis sofort darauf richten, daß dasselbe nicht gültig zustande gekommen sei oder an einem Mangel leide. Und zwar liegt klar zu Tage, daß, je bestimmter die Angaben sind, desto besser auch die Stellung des Schuldners wird. Wird nur anerkannt, daß aus „Kauf" oder aus „Darlehen" geschuldet werde, so sind unter Umständen, wenn mehrere Käufe oder Darlehensgeschäfte in Frage stehen, noch Beweise darüber zu erbringen, welches konkrete Geschäft gemeint sei, während bei Datierung oder sonstiger genauerer Präzisierung des Geschäfts alles derartige sich erübrigt.

Bei den vollständig diskret gefaßten Schuldscheinen taucht unter Umständen die Frage auf, ob sie als selbständige Versprechen oder Anerkenntnisse aufzufassen oder als einfache Beweisschuldscheine zu behandeln sind. Es ist jedoch schon oben in § 9 erörtert worden[412]), daß dies für

412) S. o. Text vor N. 291.

die Klagbegründung keine Schwierigkeiten bereitet, da von der Möglichkeit einer alternativen oder eventuellen Klagbegründung ausgegangen werden darf. Die Tatsache der selbständigen Obligationsbegründung wird sich regelmäßig erst aus dem weiteren Verlauf der Verhandlungen ergeben. In § 9 wurde auch schon ausgeführt, daß für den vom Schuldner zu führenden Beweis in den genannten Fällen keine besonderen Schwierigkeiten entstehen. Derselbe braucht nur dahin gerichtet zu werden, daß aus irgend einem Grund eine unbewußte Abweichung von den gepflogenen kausalen Verabredungen stattgefunden habe. In der Regel wird auch hier die Qualität eines solchen Schuldscheins unerörtert bleiben können, da der genannte Beweis nach zwei Seiten sich wendet.

Keiner weiteren Erörterung bedürfen sodann die Fälle, in denen das Schuldversprechen oder das Anerkenntnis von einer Bedingung abhängig gemacht ist. Daß hier der Gläubiger den Eintritt der Bedingung zu beweisen hat, liegt auf der Hand. Soll die Bedingung durch einen formlosen Nebenvertrag verabredet sein, so trifft die Beweislast bez. dieses Nebenvertrags den Schuldner.

Daß bei den formlosen Vergleichs- und Abrechnungsversprechen keine spezifischen Beweisschwierigkeiten entstehen, ist schon in § 8 hervorgehoben.

Anhang.

§ 14. Kritische Würdigung des geltenden Rechts.

In der ganzen bisherigen Abhandlung ist der ausschließliche Nachdruck auf die Darstellung des geltenden Rechts gelegt worden. Nur gelegentlich ergab der Zusammenhang das Einflechten kritischer Bemerkungen. Eine solche positivrechtliche Ausführung schien bei dem Ueberwie-

gen der Kritik in der bisherigen Literatur[413]) in erster Linie Bedürfnis zu sein. Es ist nunmehr an der Zeit, wenigstens noch mit einigen Worten auf eine kritische Gesamtwürdigung der gewonnenen Resultate zurückzukommen.

Der Gesamteindruck, den man aus der Betrachtung des durch die §§ 780 und 781 geschaffenen Rechts gewinnt, dürfte doch wohl der sein, daß sich mit diesem Recht auskommen läßt. Mag auch dessen technische Ausgestaltung im einzelnen Mängel aufweisen, die grundlegende Interessenabwägung trifft im wesentlichen das Richtige.

So ist vor allem dem Bedürfnis Rechnung getragen, auch außerhalb des Handelsverkehrs den Parteien zu gestatten, die Klagbegründung auf einen Schein, ohne genaue Angabe des Kausalverhältnisses im Schein, zu ermöglichen. Dieses Bedürfnis hat sich allenthalben Geltung verschafft. Im gemeinen Recht setzte es sich mit großer Kraft in dem Rückschlag durch, der im Anschluß an die theoretisch anfechtbare Anerkennungslehre Bährs gegen die vorhergegangene Behandlung der cautiones indiscretae erfolgte. In Frankreich und England hat es dazu geführt, Vermutungen aus dem indiskret oder ungenau gefaßten Schein auf ein zugrund liegendes gültiges Kausalgeschäft zu entwickeln, Vermutungen, die durch einfachen Gegenbeweis zu widerlegen sind. In irgend welcher Gestalt haben demnach alle neueren Rechte, sei es durch Aufstellung gesetzlicher Normen, sei es durch Ausbildung fester Beweisregeln in der Praxis, dem Bedürfnis Rechnung zu tragen gesucht. Wie stark dasselbe ist, hat sich auch in den legislativpolitischen Verhandlungen der verschiedenen Juristentage und der Gesetzgebungskommission gezeigt.

---

413) So namentlich bei Kindel u. Neubecker. Allein auch bei v. Tuhr u. Klingmüller drängen sich fortwährend gesetzgebungskritische Betrachtungen in die Darstellung herein.

Bedenken gegen diese grundsätzliche Stellungnahme ließen sich in der Tat nur ableiten aus einem gewissen konservativen Kreisen und insbesondere auch der altpreußischen landrechtlichen Jurisprudenz naheliegenden Bevormundungsstandpunkt. Entweder man betont, wie es das preußische Landesökonomiekollegium gegenüber dem ersten Entwurf getan hat, die Gefahr der Uebervorteilung geschäftsunkundiger Personen. Oder aber man spielt den Gedanken aus, daß die freie richterliche Wahrheitserforschung nicht durch Verträge der Parteien gebunden werden dürfe. Speziell dieser letztere Gedanke steht in Zusammenhang mit einer neuerdings auf dem ganzen Gebiet des Prozeßrechts wieder stärker hervortretenden Tendenz, die unter der Flagge der materiellen Wahrheitserforschung möglichst alle der richterlichen Omnipotenz entgegenstehenden Hindernisse zu beseitigen sucht, mögen dieselben nun in der Aufstellung bestimmter Verfahrens- insbesondere Beweisregeln, oder in der Zulassung von Einwirkungen des Parteiwillens beruhen. — Auf diesen beiden Grundlagen, Schutz des der Uebervorteilung ausgesetzten Schuldners und freie Entfaltung der richterlichen Beweiswürdigung, beruht auch die Opposition des Kindel'schen Buchs gegen die Bähr'sche Theorie und gegen die Normierung des 1. Entwurfs.

Am wenigsten dürfte heutzutage jener Gedanke des Schuldnerschutzes mehr verfangen, trotz aller sozialpolitischer Phrasen, in deren Begleitung er auftritt. Ist ja doch die für den Schuldner entstehende Gefahr wegen des zugelassenen Gegenbeweises keine allzu große. Die wenigen Fälle, in denen wegen Dazwischenliegen eines Erbgangs oder aus sonstigen Gründen der Schuldner außer Stand ist, das Kausalverhältnis aufzudecken, können doch schwerlich das Bedürfnis nach prompter Erledigung liquider Schuldverhältnisse aufwiegen. Außerdem dürfte in der Zumutung an denjenigen, der einen indiskret gefaßten Schuldschein aus der Hand gibt,

für die Nachweisbarkeit der Grundgeschäftsbeziehungen besorgt zu sein, keine Ueberspannung des Gedankens „jura vigilantibus scripta sunt“ liegen.

Mehr Gewicht hat die Berufung darauf, daß auch unter Freigebung der richterlichen Würdigung solcher Schuldscheine das wünschenswerte Resultat erreicht werden könnte. Dagegen läßt sich nur einwenden: Diese Freigebung ist ganz schön und gut, wenn man sicher sein kann, daß das richterliche Ermessen das vorhandene Verkehrsbedürfnis zu würdigen weiß, daß es sich nicht von einseitiger Parteinahme für den Schuldner leiten läßt und wiederum zu Resultaten gelangt, wie die gemeinrechtliche Praxis vor Bähr. Und wenn auch zugegeben werden mag, daß sich in der Praxis der höheren Gerichte bald die richtigen Grundsätze Bahn brechen würden, so bleibt doch immer die Schwierigkeit der Handhabung des richterlichen Ermessens in den vielfach überlasteten unteren Instanzen und die dadurch verursachte Unsicherheit für die Parteien und die sie beratenden Anwälte zu bedenken. Damit ist man wieder zu der, wie anderwärts ausgeführt [414]), niemals apriorisch zu entscheidenden Frage nach der Abwägung zwischen Billigkeit und Verkehrssicherheit gelangt. Hier ist es, auch wenn man sich auf den Standpunkt einer bestimmten Zeit oder einer bestimmten Gesetzgebungsperiode stellt, nicht möglich, generelle Regeln aufzustellen, auf Grund deren man die Wertung der beiden Gesichtspunkte für alle Fälle vollziehen könnte. Die in Betracht zu ziehenden Elemente: Möglichkeit exakter technischer Fassung, Sicherheit der Basis für das richterliche Ermessen, Folgen etwaiger Verkehrsunsicherheit, lagern sich in den einzelnen Fällen und bei den einzelnen Fragen ganz verschieden. Sollte daher auch eine allgemeine Tendenz nach einer Aus-

---

414) Rümelin, Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Civilgesetzentwurf S. 7.

dehnung des richterlichen Ermessens sich feststellen lassen, so ist damit noch nichts für unseren konkreten Fall entschieden. Ueberschaut man die im vorigen geschilderte Stellungnahme der positiven Rechte, so drängt sich vielmehr die Ueberzeugung auf, daß eine gewisse Bindung der richterlichen Beweiswürdigung in unserer Frage mehr der gegenwärtig herrschenden Verkehrsauffassung entspricht als die völlige Freiheit.

Weitere Interessenabwägungen treten ein bei der Abgrenzung der zugelassenen Feststellungs- oder materiellen Anerkennungsgeschäfte. Hier ist ja nun, wie wir sehen, durch das Gesetz der Praxis ein sehr weiter Spielraum gelassen. Wo ein Bedürfnis nach materiellen Feststellungsgeschäften über den Vergleich hinaus entsteht, kann demselben Rechnung getragen werden. Es könnte deshalb dem Gesetz höchstens der Vorwurf gemacht werden, daß es zu wenig Anhalt gebe und infolge dessen der Rechtsunsicherheit Vorschub leiste. Das Verlangen nach bestimmteren Normierungen wäre jedoch bei dem derzeitigen Stand der Theorie kaum gerechtfertigt.

Was die Behandlung der materiell abstrakten Schuldverträge anlangt, so ließe sich einmal das schon hervorgehobene[415]) Bedenken geltend machen, ob hier nicht eine solennisierte oder sonst bestimmt gekennzeichnete Form am Platz gewesen wäre. Damit hätte man einen sicheren Anhalt gehabt, um die reinen Delegationsversprechen von dem auf Anweisung ergangenen Forderungsüberweisungs- und Schuldübernahme-Versprechen zu scheiden.

Eine weitere ebenfalls schon, wenn auch nur de lege lata, angeregte Frage ist, ob man bei dem in der Delegationssituation dem Dritten gegenüber abgegebenen Versprechen stehen bleiben und ihm allein die gesteigerte Abstraktionswirkung, wie sie sich durch Abschneidung der aus dem Valuta- oder

---

415) S. o. § 6 bei N. 242.

Deckungsverhältnis entstehenden Einwendungen ergibt, beilegen soll. Sollte nicht ein materiell abstraktes Versprechen zu Gunsten Dritter und speziell auch ein Versprechen zu Gunsten eines vom ursprünglichen Gläubiger erst zu bestimmenden Dritten, mithin ein civilrechtliches Orderpapier anerkannt werden?

Während wir die Aufstellung einer fest fixierten Formvorschrift für alle materiell abstrakten Delegationsversprechen entschieden befürworten zu sollen glaubten [416]), muß konstatiert werden, daß die Frage nach der Zulassung materiell abstrakter Verträge zu Gunsten Dritter und civilrechtlicher Orderpapiere, für die ebenfalls die Fixierung einer bestimmten Form notwendige Voraussetzung sein würde, de lege ferenda keine zweifellose ist. Allerdings dürfte ein weiterer Ausbau des Instituts der Orderpapiere wünschenswert erscheinen. Dabei sind jedoch verschiedene Wege gangbar. Die Schöpfung eines allgemein zugänglichen civilrechtlichen Orderpapiers ist nicht das einzige Mittel zu diesem Zweck. Vor allem könnte wohl auch an die Zulassung bestimmter weiterer Personenkreise zur Ausstellung solcher Papiere gedacht werden. Gegenwärtig scheinen sich jedoch die Verkehrsbedürfnisse noch nicht stark genug geltend gemacht und noch nicht in genügender Weise geklärt zu haben, um bestimmte Wege zu weisen [417]). Noch zweifelhafter erscheint die Frage, ob ein Bedürfnis für die Zulassung von materiell abstrakten Verträgen zu Gunsten eines bestimmten Dritten vorhanden ist. Hier dürften die Formen des Anweisungsversprechens nach § 784 und des reinen Delegationsversprechens an den Dritten den vorhandenen Verkehrszwecken durchaus genügen und es wäre fraglich, ob selbst bei Ausbildung einer bestimmten Form für solche Verspre-

416) S. o. a. a. O.

417) Daß bei dem civilrechtlichen Orderpapier zur Zeit das Hindernis der exklusiven Regelung der Orderpapiere durch das HGB. entgegensteht, wurde oben in § 3 und 6 schon hervorgehoben.

chen ein irgendwie erheblicher Gebrauch von denselben gemacht würde. Wäre ja doch, da ein positivrechtliches Hindernis wie bei den Orderpapieren nicht im Wege steht, im Fall entschiedenen Bedürfnisses nicht ausgeschlossen, daß innerhalb der Praxis des geltenden Rechts solche Verträge anerkannt würden[418]).

Etwas anders wird sich das kritische Urteil stellen, wenn man den Blick von den grundlegenden Interessenabwägungen ab und der technischen Ausgestaltung des Rechtsinstituts im einzelnen zuwendet. Hier lassen sich in der Tat gewisse Bedenken nicht unterdrücken. Es ist vor allem die Künstlichkeit und Kompliziertheit des Mechanismus, die uns aufstößt.

Dem prozessual gerichteten Parteizwecke der Klagerleichterung würde gewiß besser entsprechen, wenn man den dahin abzielenden Parteiakten auf prozessualem Gebiet entgegenzukommen suchte. Am besten geschähe das in der Weise des englisch-amerikanischen und französischen Rechts dadurch, daß man an den Schuldschein, auch wenn er unbestimmt gefaßt ist, die widerlegbare Präsumption eines gültigen zu Grund liegenden Kausalverhältnisses knüpfte. Hand in Hand mit dieser Präsumption müßte dann nur die Anerkennung gehen, daß durch Bezugnahme auf den Schein eine genügende Klagsubstantiierung stattfindet. Den Vertragsgesichtspunkt könnte man auf diese Weise ganz ausschalten. Damit wäre man auch der Konstruktion enthoben, eine alternative oder eventuelle Klagbegründung in den Fällen annehmen zu müssen, in denen zunächst nicht ersichtlich ist, ob der Schuldschein, auf den hin geklagt wird, einen Beweisschuldschein oder ein Versprechen bezw. Anerkenntnis im Sinn der §§ 780, 781 darstellt. Bei dieser Gestaltung würden sich sodann alle jene Fragen der Klagänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft, die uns jetzt Schwierigkeiten machen, auf einfachste Weise

418) S. o. Text bei N. 124.

erledigen. Nur hinsichtlich der späteren Erkennbarkeit der res in judicium deducta könnten, ebenso wie jetzt, Zweifel entstehen. Daß diese Zweifel keine unüberwindlichen Schwierigkeiten bereiten, ist zur Genüge erörtert. Ganz klar wäre bei dieser Behandlungsweise ferner, daß wenn aus dem klägerischen Vorbringen die Präsumption von selbst widerlegt wird, nicht noch eine besondere Reaktion des Beklagten abgewartet werden muß, daß man vielmehr ohne weiteres zur Abweisung gelangt. Endlich würde man auf diesem Weg zu einer vollständig klaren Scheidung zwischen der Klagerleichterungsabsicht der Parteien und der Absicht, ein materielles Feststellungs- oder Schuldabänderungsgeschäft zu schließen, gelangen. Die Frage, ob und inwieweit das Bedürfnis besteht, speziell die Feststellungsverträge zu formalisieren, würde dann ganz für sich ihre Erledigung finden können. Ebenso wäre die gesonderte Behandlung der delegationsmäßigen Schuldversprechen herbeigeführt worden, die nur Vorteil hätte bringen können.

Auch wenn man sich entschlossen hätte, prozessuale Klagsubstantiierungs- und Beweisverträge zuzulassen, so hätte das immer noch eine klarere Normierung abgegeben, als die gegenwärtige. Auch hier hätte darüber, daß das zu Grunde liegende Kausalverhältnis in judicium deduziert wird, kein Zweifel auftauchen können und ebenso hätte die Behandlung der Fälle, in denen der Kläger selbst die Beweiskraft seines Scheins zerstört, zu keinerlei Schwierigkeiten geführt. Eine Abgrenzung gegenüber den materiellen Feststellungsverträgen wäre leicht durchführbar gewesen, falls man nur zur klaren Scheidung der unterliegenden Geschäftszwecke sich durchgerungen hätte. Eine billigere Regelung der Beweisverteilung hinsichtlich der Hilfsgeschäftsfunktion wäre ebenfalls Folge der beiden besprochenen Konstruktionen gewesen.

Mit dem Ausgeführten sind die wesentlichsten Uebelstände der vom Gesetz gewählten Konstruktion schon hervor-

gehoben, die nun noch einmal kurz Revue passieren mögen. Dieselbe legt, gerade wegen der sonst so exakten Terminologie des BGB. die Auffassung sehr nahe, daß die Bezugnahme auf den Kausamangel in allen Fällen, in denen das Gesetz nicht ausdrücklich Nichtigkeit des selbständigen Versprechens vorschreibt, vom Beklagten in Gestalt einer echten Einrede erfolgen müßte. Daß dies ein verkehrtes Resultat wäre, wird keinem Zweifel unterliegen. Seine Fehlerhaftigkeit wird nicht dadurch aufgehoben, daß tatsächlich die Fälle, in denen der Gläubiger selbst den Kausamangel aufdeckt, äußerst selten sein werden. Entspricht nun aber, wie wir angenommen haben, die erwähnte Auffassung nicht dem Sinn des Gesetzes, so liegt unter allen Umständen ein Fehler in der Darstellungsweise vor. Es wird etwas ins Gewand der Kondiktion und der auf Kondiktionsgrundsätzen beruhenden Einrede gekleidet, was in Wirklichkeit nichts anderes ist, als Geltendmachung der Ungültigkeit des Versprechens.

Der Konstruktionsfehler hat auch noch weitere üble Wirkungen im Gefolge. Einmal verwickelt er in prozessuale Schwierigkeiten bei den Fragen der Rechtshängigkeit, Rechtskraft und Klagänderung. Wenn auch diese Schwierigkeiten, wie wir annehmen und oben in § 5 ausgeführt haben, überwunden werden können vom Standpunkt einer freier gestalteten Rechtskrafts- und Klagänderungslehre aus, so müßte doch eine konsequente Verfolgung der herrschenden Doktrin zu zweifellosen Mißständen führen.

Außerdem schadet die konstruktive Zusammenfassung heterogener Dinge, wie sie durch die Behandlung der Schuldversprechen und Anerkenntnisse als selbständiger dem Bereicherungsgesichtspunkt unterliegender Vermögensleistungen herbeigeführt wurde. Die Klage oder Einrede aus ungerechtfertigter Bereicherung kann in sich schließen eine echte condictio indebiti des Schuldscheins, gegründet darauf, daß man in dem irrtümlichen Glauben, speziell zum abstrakten Ver-

sprechen verpflichtet zu sein, den Schein ausgestellt habe. Sie kann ferner treten an Stelle des einfachen Gegenbeweises gegen den Klagerleichterungsvertrag. Sie kann endlich enthalten den Angriff auf ein Delegationsversprechen auf Grund Anweisungsrechts, oder die Anfechtung eines Feststellungs- oder Schuldabänderungsgeschäfts aus kausalrechtlichen Gründen, vor allem aus dem Gesichtspunkt der im § 779 näher geregelten stillschweigenden Bedingungen oder Voraussetzungen. Das Zusammenwerfen dieser verschiedenen Dinge hatte namentlich zur Folge, daß die materiellen Feststellungsverträge und was sich daran anschließt in der Gesetzgebung und in der Theorie zu wenig Beachtung fanden. So kommt es, daß die Fragen, inwieweit solche Verträge im Gewand der §§ 780 und 781 möglich sind, inwieweit ferner die Grundsätze des § 779 auf dieselben übertragen werden können, noch viel zu wenig behandelt wurden. Die Theorie hat sich wesentlich nur mit dem Vergleich und, wenn auch in geringerem Grade, mit der Abrechnung befaßt.

Der Vorwurf, mit den den selbständigen Schuldverträgen und Anerkenntnissen zugrund liegenden Verkehrszwecken sich zu wenig beschäftigt zu haben, trifft übrigens keineswegs in erster Linie die Verfasser des BGB., sondern vor allen Dingen die vorausgegangene Theorie einschließlich der Juristentage. Obwohl auf den letzteren die praktischen und, wirtschaftlichen Gesichtspunkte, mit denen der Gesetzgeber zu rechnen hat, wiederholt beleuchtet wurden, gelang es doch nicht, zu einer reinlichen Scheidung der verschiedenen Zwecke zu gelangen und selbst Jhering, der Vorkämpfer gegen die Begriffsjurisprudenz, vermochte sich nicht zu einer solchen durchzuringen. Man war gebannt in den Zauberkreis der römischen Stipulation und glaubte wie die Römer mit dieser so mit dem Mittel des Anerkenntnisses oder abstrakten Versprechens allen den verschiedenen Zwecken, die man sich nicht im einzelnen genügend vergegenwärtigte, gerecht werden zu

können.

Die herkömmliche Konstruktionsmethode, das Unterlassen einer Herausschälung des Klagerleichterungsvertrags aus dem Zusammenhang der übrigen Zwecke dürfte auch wesentlich dazu beigetragen haben, daß man eine wichtige Fragestellung übersah, die nun allerdings auf ein Interessenabwägungsmoment zurückführt. Man hat sich das Verhältnis des Gläubigers einer selbständigen Obligation zu andern Gläubigern desselben Schuldners nicht in genügender Weise vergegenwärtigt. Die Fragen, um die es sich handelt, treten am deutlichsten hervor im Konkurs des Schuldners. Soll sich hier der Gläubiger überhaupt auf einen Klagerleichterungsvertrag, den er mit dem Schuldner geschlossen, berufen dürfen? Muß sich der Konkursverwalter und müssen sich die andern Konkursgläubiger, die unter Umständen bei Renitenz des Gemeinschuldners sich gar keine Aufklärung über das zugrund liegende Kausalverhältnis verschaffen können [419]), die Anmeldung einer auf cautio indiscreta beruhenden Forderung gefallen lassen? Kommt ihnen nur der immerhin beschränkte Schutz zu gute, der darin besteht, daß auf bestimmte Kausalbehauptungen hin der Gläubiger zur Erklärung angehalten wird?

Alle diese Fragen sind noch nicht hinreichend untersucht worden.

Vom Standpunkt der Interessenabwägung läge es nahe zu sagen, der Schuldner kann zwar mit seinem Gläubiger abmachen, daß zur Klage gegen ihn selbst keine andere Begründung und kein anderer Nachweis erforderlich sein solle, als eben die Darlegung des abstrakten Vertrags, der durch den Schein bewiesen wird. Daraus folgt aber nicht, daß

419) Die Erklärungspflicht des Gemeinschuldners § 141 Abs. 2 KO. und die Zwangsmaßregeln des § 106 daselbst dürften schwerlich ausreichen, um in allen Fällen den Gläubigern hinreichende Auskunft zu verschaffen.

ein derartiges pactum zu Lasten anderer Gläubiger abgeschlossen werden kann. Im Konkurse hätte es einen guten Sinn, vom Gläubiger mindestens die Angabe des Kausalverhältnisses zu verlangen, so daß er es zu büßen hat, wenn er aus irgend einem Grund dazu nicht in der Lage ist. Allerdings würde hiedurch die Kraft des völlig indiskret lautenden Schuldscheins nicht unerheblich abgeschwächt und ihre praktische Verwendung vielleicht eingeschränkt [420]). Wertlos würden sie dadurch auch für den genannten Konfliktsfall noch lange nicht. Denn immerhin würde die cautio indiscreta auch für diesen Fall die Bedeutung behalten können, daß sie für die angegebene causa zunächst den Beweis erbringt. Der Gläubiger, der durch eigene Erinnerung oder durch Notizen seines Rechtsvorgängers in Stand gesetzt ist, Angaben über das Kausalverhältnis zu machen, befände sich also infolge des Schuldscheins immer noch in günstiger Stellung.

Nach dem französischen und englisch-amerikanischen System hat man die Möglichkeit, zu diesem Schluß zu gelangen. Vom Standpunkt der selbständigen Obligationsbegründung aus, wie sie das BGB. angeordnet hat, dürfte kein Weg dahin führen. Hier wird man jedem, der die angemeldete Forderung beanstandet, im Feststellungsprozeß die oben geschilderte Kondiktionenbeweislast auferlegen müssen.

Auf anderem Boden steht die Frage, inwieweit materielle Feststellungsverträge gegenüber den Gläubigern des Schuldners wirken sollen. Daß diese Vergleiche gegen sich wirken lassen müssen, liegt auf der Hand. Ebenso werden Anerkennungen von naturales obligationes in dem früher beschriebenen Umfang von ihnen zu respektieren sein. Gegen

---

420) Inwieweit derartige Erwägungen zu der Abneigung des späteren römischen Rechts gegen die cautio indiscreta beigetragen haben mögen und inwieweit die gemeinrechtliche Praxis vor Bähr durch sie beeinflußt sein könnte, muß hier dahingestellt bleiben.

derlei Geschäfte kann nur das Gläubigeranfechtungsrecht innerhalb der ihm gesteckten Grenzen bezw. in einzelnen Fällen, wie beim Ausstattungsversprechen gemäß § 1624, der § 63 Z. 4 KO. Schutz gewähren. Auch die Delegationsversprechen des Gemeinschuldners bieten keine Schwierigkeit Zweifel entstehen erst wieder bei gewissen Feststellungsverträgen vergleichsähnlichen Charakters. Wie wäre es z. B. zu halten bei dem Anerkenntnis der vollen vom Gegner verlangten Summe, durch welches der anerkennende Schuldner, ohne das ausdrücklich abzumachen, einen Zahlungsaufschub zu erreichen hofft, oder bei den Feststellungen, bei denen eventuelle Schenkungsabsichten mit hereinspielen. Auch hier dürfte die Erwägung eingreifen, ob nicht bei allen einseitigen und äquivalentlosen Feststellungen der § 63 Z. 4 KO. entsprechend einzugreifen hat, so daß die Forderung nur, soweit sie von Haus aus d. h. abgesehen vom Feststellungsvertrag begründet war, geltend gemacht werden dürfte.

Die Schwierigkeit einer solchen Regelung würde vor allem darin begründet sein, daß die einseitigen und äquivalentlosen Feststellungen sich nicht immer deutlich genug von den doppelseitigen abheben. De lege lata wird man jedenfalls von jeder Beweislast des Gläubigers Abstand zu nehmen haben. Denn wenn beim Klagerleichterungsvertrag keine Verschiebung im Fall des Streits mit Dritten anerkannt werden kann, so wird dies auch in Beziehung auf solche Feststellungsverträge nicht geschehen können. Dagegen dürfte es allerdings möglich sein, dem Konkursverwalter oder bestreitenden Gläubiger den Nachweis, daß und inwieweit eine Freigebigkeit vorliege, zu gestatten.

Sowohl die letzten kritischen Ausführungen als die vorangegangene Darstellung des geltenden Rechts haben gezeigt, daß selbst auf einem solchen der formalen Rechtstechnik angehörigen Gebiet wie demjenigen der abstrakten Schuldverträge in letzter Linie Interessenabwägungen das

entscheidende Wort zu sprechen haben und es auch im heutigen Recht wirklich sprechen.

Diese Resultate münden nun in unzweifelhafter Weise ein in das Fahrwasser der neuerdings sog. Interessenjurisprudenz. Es mag daher gestattet sein, zu dieser Generalfrage noch mit ein paar Worten Stellung zu nehmen.

Auszugehen ist nach des Verf.s Anschauung davon, daß die fundamentalen Rechtssätze immer bedingt sind „durch die Entscheidung von Interessenkonflikten seitens der Rechtsgemeinschaft". Ferner davon, daß in einem hochentwickelten Recht wie dem unsrigen auch die Ausbildung des Detailrechts überwiegend in dieser Weise erfolgen soll und tatsächlich erfolgt [421]). Die sog. Rechtsentwicklung aus der Konstruktion, d. h. die Schlußfolgerung aus den Formen, in denen die Resultate der grundlegenden Interessenwertungen zum Ausdruck gelangt sind, hat nur da ihre Berechtigung, wo keine neuen Interessenabwägungen entscheidend eingreifen, oder wo man aus irgend einem Grund zu solchen außer Stande ist, sei es, daß man die Lagerung der Interessen noch nicht genügend übersieht, sei es, daß bezüglich der Wertung entgegengesetzte Strömungen im Kampf miteinander liegen, ohne daß es noch zu einem Sieg der einen oder anderen oder zu einem allgemein anerkannten Kompromiß kam.

Speziell für die Fortentwicklung des geltenden Rechts, die Auslegung im weiteren Sinn, ergibt sich aus der geschilderten Grundanschauung, daß immer in erster Linie zu prüfen ist, ob und wie weit man bei der Aufstellung gesetzlicher Formulierungen und Konstruktionen von bestimm-

---

421) S. Heck in der Juristenzeitung v. 1905 Nr. 24 S. 1139. Auch Heck dürfte wohl trotz seines weitergehenden Ausdrucks („die Rechtssätze gehen hervor") nichts anderes meinen, als was der Text angibt. Jedenfalls will er nicht bestreiten, daß im Lauf der Geschichte tatsächlich schon viele Rechtssätze „aus Vorstellungen hinsichtlich der juristischen Struktur der Rechtsgebilde" entwickelt worden sind.

ten Interessenabwägungen ausgegangen ist[422]). Wo dies der Fall, sind immer die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen[423]). Gelangt man jedoch zu dem Resultat, daß die der Formulierung zugrund liegende Interessenabwägung sich auf die zur Untersuchung stehenden Fragen nicht mitbezog, so sind auch in dubio für diese Fragen keine Konsequenzen aus der gewählten Konstruktion zu ziehen[424]). Dieselben sind vielmehr zu entscheiden durch neue Interessenabwägung unter möglichster Zuhilfenahme der Analogie. Erst wenn die Interessenabwägung keinen Ausschlag zu geben vermag, z. B. weil die verschiedenen möglichen Entscheidungen als gleich angemessen erscheinen, oder weil die Interessenabwägung in Ermanglung genügender Anhaltspunkte im geltenden Recht, zu Streit und Zweifel führen würde, darf die Schlußfolgerung aus Konstruktionen wieder einsetzen. Denn eine immer zu respektierende Schranke für die freie Auslegung und für die innerhalb derselben zur Anwendung zu bringende Interessenabwägung bildet das Bedürfnis der Rechtssicherheit[425]).

---

422) Ein Beispiel dafür, wie in einer gesetzlichen Konstruktion eine Interessenabwägung enthalten sein kann, bietet gerade die Bereicherungskonstruktion bei den abstrakten Schuldverträgen. Die grundsätzliche Beweislastverteilung zwischen Gläubiger und Schuldner sollte, — das ergibt der ganze historische Zusammenhang — durch diese Konstruktion geregelt werden. Dagegen läßt sich nicht dasselbe behaupten bezüglich der Frage, ob eine ausdrückliche Bezugnahme des Schuldners auf den Gesichtspunkt der ungerechtfertigen Bereicherung stattzufinden habe.

423) Von der Frage, inwieweit gegenüber den Interessenabwägungen des Gesetzes für den Richter neue Wertungen der Rechtsgemeinschaft maßgebend sein dürfen, sehen wir ab.

424) Daß in einem konkreten Fall sich ausnahmsweise aus dem Gesetzeswortlaut oder aus einzelnen im Gesetz ausdrücklich gezogenen Konsequenzen, auch etwas anderes ergeben kann, soll nicht geleugnet werden.

425) Dies ist dem Weheschrei Landsbergs in der Juristenzeitung v. 1905 S. 921 ff. gewiß zuzugeben. Für die schwierige Abgrenzungsfrage ist aus dessen Ausführungen nichts zu entnehmen. Denn

Schwierig zu bestimmen ist nur, wann die Interessenabwägungen unsicher sind oder sich nicht übersehen lassen, wann und in welchem Umfang das Rechtssicherheitsinteresse eingreift. Da die Entscheidung in dieser Frage zu einem guten Stück von mehr oder minder subjektiven Werturteilen abhängt, wird sich auch die Abgrenzung zwischen Interessenabwägung und Konstruktionskonsequenz nicht mit voller Sicherheit vollziehen lassen. Insbesondere werden alle diese Abgrenzungen evolutionistisch bedingt, dem Wechsel der Anschauungen unterworfen sein.

Hierbei ist nun zu bedenken, daß, je mehr man sich gewöhnt, das Augenmerk auf die Wertung der kollidierenden Interessen zu richten, desto empfindlicher das Rechtsgefühl auch für feinere Unterscheidungen wird. Damit wiederum hängt zusammen, daß man sich immer mehr getraut, objektive Maßstäbe für die Abwägung aufzustellen und immer weniger fürchtet, dem Subjektivismus und der Rechtsunsicherheit zu verfallen, wenn man einer solchen Interessenabwägung auch innerhalb der Rechtsprechung Spielraum gibt. So werden erweiterte Einführung richterlichen Ermessens durch Verweisung auf Treu und Glauben, die Umstände u. s. w. und Entfaltung der sog. freien Auslegung einerseits, Zurücktreten der Bindung an bestimmte Formulierungen und Konstruktionen andererseits Hand in Hand

---

die Verweisung auf einen „vorsichtigen Mittelweg" ist doch wohl nicht geeignet, irgend welchen Anhaltspunkt zu bieten. In den von Landsberg herangezogenen Beispielen ist zum Teil der Rekurs auf freie Auslegung und auf den Wert der bei den verschiedenen Auslegungen gewonnenen Resultate ganz unvermeidlich. So vor allem bei der Frage, was die Gesetze unter Kausalzusammenhang verstehen. Vermeidet man hier die petitio principii, daß es nur einen einzigen logisch haltbaren jur. Kausalitätsbegriff gebe, nämlich den von Buri'schen, oder daß die Sprachgesetze bei den zur Bezeichnung der Kausalität verwendeten Begriffen immer auf das Verhältnis der conditio sine qua non hinweisen, so ist die Notwendigkeit evident, zum Zweck der Entscheidung zwischen den verschiedenen Auslegungen die Resultate zu vergleichen.

gehen. Ist demnach ein Entwicklungsstadium erreicht, wie in unserem heutigen Recht, das unbestrittenermaßen der freien Auslegung und dem richterlichen Ermessen weitesten Spielraum eingeräumt hat, so wird die Vermutung zu gunsten der Interessenwertung und gegen die Konstruktionskonsequenzen sprechen.

Zum Schluß noch ein Wort der Auseinandersetzung mit den durch die letzten Ausführungen berührten Gedankengängen, welche neuerdings bei Stampe, am deutlichsten in dessen Aufsatz über Gesetz und Richtermacht [426]) aufgetaucht und in Verbindung mit der Betonung der Interessenabwägung getreten sind. Nach Stampe soll eine völlig freie richterliche Interessenabwägung überall eingreifen, wo vom unmittelbaren Gesetzesinhalt abgegangen wird. Diese freie Abwägung ist entweder Gesetzesergänzung oder Gesetzesabänderung. Letzteres in viel weiterem Umfang, als man gewöhnlich annimmt. Denn nach Stampe ist Gesetzesinhalt im wahren Sinn des Worts nur dasjenige, was der Wortlaut nach den Regeln der Sprache und Logik bedeutet. Während die communis opinio, die mit den Mitteln einer ausdehnenden und einschränkenden Auslegung arbeite, von der Voraussetzung ausgehen müsse, daß der normale Gesetzgeber auf stetem Kriegsfuß mit seiner Muttersprache lebe und bei der Eruierung des angeblichen eigentlichen Sinns der Gesetzesbestimmungen und der Entwicklung angeblich in den Einzelnormen enthaltener Prinzipien infolge der Unklarheit dieses Gedankens vielfach zu sehr zweifelhaften und auch unangemessenen Bestimmungen gelange, gelte es zu betonen, daß es sich in allen diesen Fällen überall um Gesetzesergänzung oder Gesetzesabänderung durch Richtermacht handle. Die angebliche extensive Interpretation sei in Wahrheit Gesetzesergänzung, die restriktive Gesetzesän-

---

426) Juristenzeitung v. 1905 Nr. 22 S. 1017 ff. Vergl. außerdem dens. in Nr. 9 dess. Jahrgangs S. 201 u. N. 15 S. 713.

derung. Dabei habe man festzustellen, daß die letztere, die Gesetzesänderung in dem beschriebenen Sinn nur zulässig sei, wo durch den Gesetzesinhalt das Interesse der Allgemeinheit so schwer verletzt werde, daß eine Abänderung dringend not tue, und wo die Legislative sich zu der Abänderung weniger eigne.

Diese Ausführungen beruhen auf mehrfachen Irrtümern[427]). Einmal wird fälschlich angenommen, daß die sog. grammatische Interpretation in viel weiterem Umfang zu unzweifelhaften Resultaten führe, als das in Wahrheit der Fall ist[428]). Es beruht dies, so insbesondere auch die Bemerkung über den auf dem Kriegsfuß mit seiner Muttersprache lebenden Gesetzgeber, auf einer gewaltigen Ueberschätzung der Präzision der Sprach- und Darstellungsformen in juristischen Dingen, auf einem Verkennen der Unmöglichkeit, bei so komplizierten Regulierungen, wie sie unsere modernen Gesetzbücher enthalten, die Darstellung so zu gestalten, daß über das Verhältnis der einzelnen Bestimmungen zu einander die Abgrenzung der Begriffe rc. keine Zweifel entstehen können. Tatsächlich wird; wo Zweifel auftauchen, sich immer schon eine Insuffizienz der rein sprachlichen Betrachtungsweise herausgestellt haben.

Mit diesem ersten Irrtum hängt der weitere zusammen, daß sich niemals aus dem Gesetz ein weiterer als der unmittelbar im Gesetzeswortlaut niedergelegte Inhalt erkennen lasse, daß man also, sobald man über den unmittelbar gegebenen Anwendungsfall hinausgehe, schon auf dem Boden der freien Rechtschöpfung des Richters angelangt sei. Diese Rechtschöpfung wird als eine subjektive gekennzeichnet. Daß

427) S. gegen dieselben auch Heck a. a. O.

428) So soll sich zum Beispiel aus dem Wortlaut des § 119 Abs. 2 in Verbindung mit dem des § 459 BGB. ergeben, daß Irrtumsanfechtung und Wandelungsklage dem Käufer zur Wahl stehen, und es soll Gesetzesänderung sein, wenn man den § 459 als die lex specialis auffaßt(!)

sie in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle sich innerhalb gegebener Bahnen im Anschluß an die von den gesetzgebenden Faktoren vorgenommenen Interessenwertungen zu bewegen haben, wird wenigstens, so viel ich sehen kann, nirgends zum klaren Ausdruck gebracht. Demgegenüber muß mit Heck[429]) energisch betont werden, daß die Interessenabwägung der Rechtsgemeinschaft entscheidet, und daß diese Interessenabwägung auch in weitem Umfang in den Gesetzen zum Ausdruck gelangt. Ist letzteres der Fall, so ist der Richter bis auf weiteres an die gesetzliche Interessenwertung gebunden. Unter welchen Voraussetzungen davon abgegangen werden kann, weil die Rechtsgemeinschaft selbst inzwischen die Wertung geändert hat, kann an dieser Stelle nicht weiter untersucht werden. Die Möglichkeit eines Umbiegens der Auslegung ist mindestens im Fall gewohnheitsrechtlicher Bildungen nicht zu bestreiten.

Ein letzter Fehler Stampes dürfte darin bestehen, daß zwischen Gesetzesergänzung und Gesetzesänderung in seinem Sinn ein so scharfer Schnitt gemacht wird. Auch hier hat Heck mit Recht hervorgehoben, daß vielfach die Ausdehnung einer Norm zugleich die Einschränkung einer andern enthalten wird und daß, da infolge dessen das richterliche Vorgehen in einem solchen Fall auch vom Standpunkt der Gesetzesänderung betrachtet werden kann, die Stampeschen Kautelen eingreifen müßten. Dies aber würde zu einer viel zu starken Einengung der richterlichen Auslegungstätigkeit führen. Zuzugeben ist Stampe nur das Eine — dies tritt in der Heck'schen Entgegnung weniger hervor —, daß bei dem ganzen Verfahren der freien Auslegung, wie überall wo man es mit Werturteilen zu tun hat[430]), die Grenze zwischen Objektivem und Subjektivem

429) Juristenzeitung v. 1905 S. 1140 ff.

430) S. darüber G. Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen. Rektoratsrede Freiburg 1891.

eine fließende ist. Denn einmal werden sich die Interessenwertungen der Rechtsgemeinschaft, soweit sie noch im Gesetze enthalten sind, nicht immer mit Sicherheit erkennen lassen. Es können schon bei den hier einsetzenden Schlußfolgerungen subjektiv gefärbte Werturteile mitspielen. Ferner aber, und das ist noch bedeutungsvoller, wird Zweifel darüber entstehen können, wie weit jene fixierten Interessenabwägungen tragen. Sobald man zu der Fragestellung gelangt, ob in einem 2. Tatbestand, der von der gesetzlichen Regelung nicht unmittelbar betroffen ist, dieselbe Entscheidung zutreffe, wie in dem ausdrücklich normierten Fall, muß ja vor allem untersucht werden, ob die Differenzen in der Lagerung der Interessen, die man beobachtet [431]), wesentlich oder unwesentlich sind. Damit gelangt man wiederum zu möglicherweise subjektiv beeinflußten Werturteilen. Allerdings werden ja diese Werturteile in vielen Fällen von allen sofort übereinstimmend vollzogen. Das sind die Fälle, in denen ein sog. mittelbarer Gesetzesinhalt ohne weiteres angenommen zu werden pflegt. In andern Fällen wird in dem Urteil ein größerer oder kleinerer Rest lediglich subjektiver Ueberzeugung enthalten sein. Die Uebergänge sind ganz allmähliche [432]).

Trotz dieser Relativität muß daran festgehalten werden, daß auch vom Standpunkt der Interessenjurisprudenz zunächst mit allen Kräften danach zu streben ist, die in den Gesetzen zum Ausdruck gelangten Interessenabwägungen zu erkennen und im Anschluß an diese die Fortentwicklung des

431) Irgendwelche Differenzen finden sich überall.

432) Dieser Uebelstand des Hereinziehens subjektiver Momente ist unvermeidlich, so lange eine Einigung, einmal über das in unerreichbarer Ferne liegende soziale Ideal, ferner aber auch über die in der Richtung desselben liegenden einzelnen Etappen, nicht erfolgt ist. Eine solche Einigung, mit der ein Idealzustand erreicht wäre, in welchem man der Gesetze und der Gesetzesauslegung nicht mehr bedürfte, ist unrealisierbar.

Rechts zu versuchen. Erst wo solche Anhaltspunkte im Gesetz oder Gewohnheitsrecht nicht mehr gegeben sind, wie in zahlreichen Fällen der Verweisung auf richterliches Ermessen und auf weiten Gebieten des internationalen Privatrechts, greift eine freie Interessenabwägung ein, bei der der Richter selbständig die Erwägungen des Gesetzgebers treffen muß. Auch hier aber muß er noch suchen, sich im Einklang mit zwar nicht in irgendwelchen Rechtssätzen zum Ausdruck gelangten aber doch im Leben herrschenden ethischen Vorstellungen seiner Zeit zu bewegen. Erst wo von solchen herrschenden Vorstellungen nicht mehr die Rede sein kann, bleibt nichts anderes übrig, als der eigenen Ueberzeugung vom richtigen Recht unter Parteinahme für eine der vorhandenen Strömungen zu folgen [433]).

Es ist ja nun immerhin möglich, daß von seiten Stampes der Einwurf gemacht wird, daß er die hervorgehobenen objektiven Momente ebenfalls anerkenne, und daß er sich das Verfahren bei den richterlichen Interessenabwägungen im wesentlichen nicht anders vorstelle, als es hier geschildert ist. Dann wäre nur zu bedauern, daß diese Auffassung in der Darstellung Stampes keinen hinreichenden Ausdruck gefunden [434]) hat und daß eben dadurch den Gegnern

---

433) In dem Ausgeführten liegt eine Ablehnung der Anschauung, als ob auf deduktivem Weg aus einem „sozialen Ideal" das richtige Recht gewonnen werden könnte, und das Bekenntnis zu einem evolutionistischen Standpunkt. Eine Rechtfertigung dieser Grundanschauung und eine Auseinandersetzung mit der Stammler'schen Lehre ist hier selbstverständlich ausgeschlossen. Nur soviel mag hervorgehoben werden: Selbst wenn über das letzte Ziel Einverständnis herrschte, so würde doch die Unvollständigkeit unseres kausalen Erkennens verhindern, mit Sicherheit die Maßregeln zu bestimmen, die praktisch ergriffen werden müssen, um jenem Ziel näher zu kommen.

434) Bedenklich sind vor allem Einzelentscheidungen, wie die auf S. 421 der Juristenzeitung unter Polemik gegen Reichsgericht Bd. 54 Nr. 77 gegebene, über die paulianische Anfechtung einer Erbschaftsausschlagung. Man mag darüber verschiedener Meinung sein können, ob

Waffen in die Hand gedrückt werden, deren Spitze sich allzuleicht gegen die ganze Richtung der Interessenjurisprudenz kehren könnte.

Nachträge und Berichtigungen.

Erst nach Drucklegung der größeren Hälfte des 2. Teils der Abhandlung ist Verf. auf die (in einem Werk über die Rechtskraft ja zunächst nicht zu vermutenden) Ausführungen Pagenstechers[435]) über die Feststellungsverträge auf-

de lege ferenda die in § 9 KO. zugrund gelegte Interessenabwägung billigenswert ist. Daß aber hier eine gesetzliche Interessenabwägung vorliegt, die auch für den in Frage stehenden Fall bindet und der der Richter nicht in souveräner Weise seine eigene Interessenabwägung substituieren darf, selbst wenn es nachweisbar wäre, daß diese dem sog. Volksbewußtsein besser entspreche, sollte nicht bestritten werden.

Wenn Stampe meint, der zitierte § 9 enthalte lediglich eine Konstruktion, bezw. sei das Kind einer solchen, so scheint uns hier wie anderwärts eine genauere Bestimmung dieses letzteren Begriffs zu fehlen. Er verkennt, daß häufig in den konstruktiven Vorstellungen teils bewußte, teils unbewußte Interessenabwägungen vorhanden sind und daß es nicht angeht, solche Interessenabwägungen einfach deshalb, weil sie in Konstruktionsform ausgedrückt sind, zur Seite zu schieben.

Ein weiteres Bedenken liegt darin, daß Stampe für die Interessenabwägung des Richters das logische Moment ausschalten will und meint, dieselbe sei lediglich auf soziale Erwägungen gegründet; (S. z. B. Juristenzeitung S. 419, wo dies gegenüber dem Staub'schen Versuch die Grundsätze des § 326 BGB. auf die fehlerhafte Vertragserfüllung auszudehnen, geltend gemacht wird). Damit wird doch wohl, wenn der Gegensatz zwischen „logisch" und „sozial" überhaupt einen Sinn haben soll, der Schluß von der Behandlung des einen Falls auf die des andern abgelehnt und auf eine selbständige teleologische Betrachtung des neuen Falls abgestellt. Denn, wenn von einer Vergleichung der zu regelnden Fälle mit den geregelten und von einem Schluß aus der Gleichheit der Zwecke auf die Gleichheit der Behandlung ausgegangen würde, ließe sich das Vorhandensein logischer Operationen nicht bestreiten. Das Werturteil spielt ja hier nur eine Rolle bei der Feststellung, ob die differenten Merkmale wesentlich sind oder nicht.

435) M. Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin, Fr. Vahlen 1905. S. insbes. § 12—16.

merksam geworden. Hinsichtlich der Grundanschauung, daß das geltende Recht dem Verkehrsbedürfnis der Feststellung auf dem Gebiet des Obligationenrechts durch die §§ 780 und 781 entgegenkommt, daß auf dem Wege des schriftlichen Versprechens oder schriftlichen Anerkenntnisses auch abgesehen vom Fall des Vergleiches Außerstreitsetzung einer Obligation sowohl im ganzen als in einzelnen Richtungen möglich ist, herrscht zwischen uns vielleicht Uebereinstimmung[436]). Dagegen sind in Bez. auf Terminologie und konstruktive Auffassung im einzelnen mancherlei Differenzen vorhanden. Nicht überzeugen kann ich mich davon, daß es nach dem Recht des BGB. angemessen ist, nur bei vorhandenem Feststellungszweck von Anerkennungsvertrag zu reden und diesen in solchem Sinn dem Schuldversprechen gegenüberzustellen. — Ferner kann ich mich nicht einverstanden erklären mit der Art und Weise, wie rechtliche Konstruktionen in die Parteiabsicht hineinverlegt werden. Pagenstecher meint, die Absicht der Parteien gehe beim obligatorischen Feststellungsvertrag dahin, eine Obligation zu begründen für den Fall, daß eine solche nicht bestehe[437]). In Wahrheit dürfte dies nur eine mögliche Art der Konstruktion sein, von der eine Rechtsordnung bei Normierung der fraglichen Abmachungen ausgehen kann. Eine andere Möglichkeit technischer Konstruktion ist in der vorstehenden Abhandlung (Text vor N. 199) aufgeführt: Die unmittelbare Anerkennung eines Außerstreitsetzungsvertrags, bei dem in prozessualer Hinsicht der ursprüngliche Obligationsbegründungsakt auch fernerhin den Klaggrund abgeben würde.

436) Daß auch Pagenstecher annimmt, zu den obligationsfeststellenden Verträgen sei die Schriftform der §§ 780, 781 erforderlich, glaube ich aus seinen Ausführungen S. 96 und 97 entnehmen zu dürfen. Bedenken könnten allerdings die späteren Bemerkungen auf S. 99 ff., insbesondere S. 102 N. 241, erregen, daß die Feststellungsverträge doch keine abstrakten Verträge seien.

437) S. S. 98 zu N. 229.

Wieder eine andere Möglichkeit besteht darin, mit der herrschenden Ansicht den Feststellungsvertrag schlechthin als Neubegründung einer Obligation aufzufassen. Bei Pagenstechers Konstruktion der eventuellen Obligationsbegründung bleiben zunächst wichtige Punkte, wie z. B. gerade die Behandlung des Feststellungsvertrags in Bez. auf sein Funktionieren als selbständiger Klagegrund, im Unklaren.

Außerordentlich erschwert ist eine Auseinandersetzung mit Pagenstecher darüber, ob der Feststellungsvertrag ein „abstrakter oder kausaler Vertrag" sei, weil der Begriff des abstrakten Vertrags bei ihm nicht genügend bestimmt erscheint. So gründet er zuerst S. 96 die positivrechtliche Zulässigkeit der Feststellungsverträge auf die Anerkennung „der Vermögensverschiebungen durch abstrakte Verträge" im BGB. Hernach aber sucht er nachzuweisen (S. 99 unten, S. 102, 103 bei N. 245), daß auch nach dem Recht des BGB. die Feststellungsverträge keine abstrakten Verträge seien.

Meines Dafürhaltens stellt sich die Frage folgendermaßen: Die Feststellungsgeschäfte sind an sich, in ihrem gesamten Zusammenhang betrachtet, kausale Hilfsgeschäfte. Das BGB. jedoch faßt die auf Grund eines solchen Geschäfts abgegebenen Versprechen und Anerkenntnisse als selbständige Obligierungen im Sinn der §§ 780—782 auf, indem es lediglich das Verhältnis der neubegründeten Obligation zu der vorausgesetzten ursprünglichen ins Auge faßt. Daraus ergab sich vor allem das (nur bei Vergleich und Abrechnung cessierende) Erfordernis der Schriftlichkeit. Ebenso erfolgte damit im Sinn des BGB. eine prinzipielle Unterstellung jener Versprechen und Anerkenntnisse unter die Grundsätze des Bereicherungsrechts. Eine wirkliche reale Bedeutung wird diesen letzteren vor allem zukommen, wo der Verpflichtungsschein indiskret gefaßt ist. Hier besagt die Bezugnahme auf Kondiktion und Einrede wegen ungerechtfertigter Bereicherung, daß Schuldner die Beziehung der Ver-

pflichtung auf das Feststellungsgeschäft und die Unwirksamkeit des letzteren darzutun hat. Auch bei relativ indiskret gefaßten Scheinen, überhaupt überall, wo Verpflichtungsschein und ergänzender Klagvortrag Lücken lassen, wird die vom Gesetz zugrund gelegte Bereicherungskonstruktion hinsichtlich der Beweisverteilung eine Rolle spielen. Ist dagegen der Feststellungsvertrag in vollem Umfang im Verpflichtungsschein (oder durch den Klagevortrag) dargelegt, so dreht sich der Streit in Wirklichkeit nur um die Wirksamkeit und den Umfang des Feststellungsgeschäfts. Die Denkform der Bereicherungseinrede wird hier, da es sich um eine Anwendbarkeit der §§ 813—815 auch nicht handeln kann, vollständig zur leeren Hülse[438]).

Erst nach dem Druck des ersten Teils erschienen ist das Buch von Klingmüller über die natürlichen Verbindlichkeiten[439]), in dem auf die im § 3 behandelte Frage der Klagbarmachung unvollkommener Verbindlichkeiten durch selbständige Schuldversprechen und Anerkenntnisse ausführlich eingegangen wird[440]). Auch Klingmüller steht auf dem in § 3 vertretenen Standpunkt, daß die unvollkommenen Verbindlichkeiten (mit Ausnahme natürlich derjenigen, bei denen die Klaglosigkeit auf rechtlicher Reprobation beruht) durch Erfüllungsversprechen in Gestalt eines Schuldanerkenntnisses unter Erfüllungszwang gestellt werden

438) Insoweit wird man dem von Pagenstecher bei N. 245 Ausgeführten zustimmen können.

439) F. Klingmüller, Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten. Eine historisch dogmatische Untersuchung. Berlin, Guttentag 1905.

440) In § 16 wird namentlich aus der Literatur und Judikatur des französischen Rechts umfangreiches Material beigebracht und der Standpunkt, den das Reichsgericht speziell in Beziehung auf das französische Recht eingenommen hat, bekämpft. Bei der Darstellung des geltenden Rechts erhellt die Stellung des Verfassers namentlich aus der Besprechung der nach einem Zwangsvergleich zurückbleibenden natürlichen Verbindlichkeiten (245. 246) und aus dem über die sittlichen und Anstandspflichten Ausgeführten (241—243).

können. Auch findet sich bei ihm gleichfalls ein Versuch, zwischen sittlichen und Anstandspflichten zur Vornahme einer Schenkung, und sittlichen und Anstandspflichten, deren Erfüllung nicht Schenkung ist, zu unterscheiden[441]). Eine weitere Durchführung der Unterscheidung erfolgt allerdings nicht und es läßt sich, wie so häufig bei Klingmüller, der gesamte Zusammenhang der Gedanken an der betreffenden Stelle nicht mit voller Sicherheit erkennen[442]).

In dem vor Kurzem erschienenen 6. Heft des 49. Bds. der Jahrbücher für Dogmatik (S. 407 ff.) hat Regelsberger seine in § 8 bekämpfte Ansicht, über „den Einfluß der rechtlichen Unwirksamkeit von Passivposten auf die Geltung der Saldoforderung bei der Abrechnung" zurückgenommen, um sich, mit einer Modifikation dem oben ebenfalls abgelehnten Standpunkt, den das Reichsgericht speziell hinsichtlich des Kontokurrentsaldos einnimmt, anzuschließen. Während er früher in Bd. 46 S. 1 ff.[443]) noch annahm, daß der Abrechnungsvorgang auf Grund der Einstellung von Spiel-, Differenz- rc. Forderungen nicht angegriffen werden könne, wegen Unmöglichkeit einer Feststellung, welche Forderungen von der Aufrechnung erfaßt seien, will er jetzt mit dem Reichsgericht eine Gültigkeit der Saldoforderung nach dem Verhältnis der vorwurfsfreien zu den mißbilligten Forderungen annehmen. Sein Standpunkt unterscheidet sich vom reichsgerichtlichen einmal durch eine Verschiedenheit der Begründung. Er will nicht gelten lassen, daß die einzelnen Posten verhältnismäßig getilgt seien, sondern will lieber sagen, daß die Abschlußsummenforderung ihre materielle Grundlage von den sämtlichen verrechneten Forderungen ver-

441) S. § 242 u. 243.

442) So ist mir, wie ich offen gestehe, die Polemik, die Seite 242 letzter Absatz gegen Dernburg geführt wird, und das Verhältnis dieser Ausführungen zum Folgenden nicht klar geworden.

443) S. speziell S. 26—28.

hältnismäßig empfange. Außerdem gelangt er unter Aufnahme der Staub'schen Verwertung des § 139 zu dem Schluß, daß bei Anfechtung der Saldoforderung auch diejenigen Bestandteile des Abrechnungsgeschäfts hinfällig werden, die ohne den angefochtenen Teil nicht vorgenommen sein würden. Auf Grund davon und unter Heranziehung der Auslegung nach Treu und Glauben (§ 157) kommt er zu dem Resultat, daß bei Einstellung entsprechend ungültiger Posten auf Seiten des Saldoschuldners eine Berichtigung des Abrechnungsresultats zu erfolgen habe. Daß dieses Ergebnis immer noch mehr befriedigt, als eine Ignorierung der Einstellung mißbilligter Posten auf der Seite des Saldoschuldners[444]), soll zugegeben werden. Trotzdem ist gegen dasselbe sowie gegen den ganzen Ausgangspunkt der Argumentation Regelsbergers Verwahrung einzulegen. Die verhältnismäßige Kürzung der Saldoforderung leuchtet niemals ein, auch nicht, wenn die Posten, welche zu Gunsten des Saldoschuldners eingestellt waren, sämtlich vorwurfsfrei sind. Zu derartigen dem Verständnis der Beteiligten völlig unzugänglichen Künstlichkeiten wird man nur dadurch veranlaßt, daß man statt auf die entscheidenden Interessenabwägungen zurückzugehen, den einzelnen Rechtssatz aus vermeintlichem Begriffszwang auf Grund selbst geschaffener Konstruktionen, wie z. B. der Aufrechnungskonstruktion Regelsbergers, abzuleiten sucht. Besonders mißlich wäre es, wenn diese Konstruktionsjurisprudenz, die auf dem Gebiet des Kontokurrentvertrags schon genug Unheil gestiftet hat, auf den ganzen Umkreis der Abrechnungsgeschäfte übertragen würde.

Berührt werden die Ausführungen des § 3 der vorstehenden Abhandlung endlich auch durch den im 1. Heft des 50. Jahrgangs von Gruchots Beiträgen enthal-

---

444) Ob das RG. von seinem Standpunkt aus notwendig zu einer solchen Ignorierung gedrängt wird, mag dahingestellt bleiben.

tenen Aufsatz von Eccius über den rechtsgeschäftlichen Verzicht auf Einreden[445]). So sehr die erhebliche Förderung der bisher noch wenig geklärten Lehre durch die Eccius'schen Untersuchungen anzuerkennen ist, glaube ich doch in einigen Punkten eine abweichende Meinung aufrecht erhalten zu sollen.

In Beziehung auf die erste der von Eccius aufgestellten Einredekategorien, „die Weigerungsrechte gegenüber vertragsmäßigen Ansprüchen, die sich aus dem Inhalt des zugrund liegenden Vertrags ergeben", wird unbedingt zuzugeben sein, daß der Einredeverzicht jedenfalls insoweit möglich sein muß, als der Vertrag gemäß § 305 nachträglich modifiziert werden kann. Bedenklich dagegen erscheint die Meinung, daß überall, wo zum Vertragsschluß eine bestimmte Form eingehalten werden muß, auch zum Einredeverzicht dieselbe Form erforderlich sei. Zunächst wird die Frage aufzuwerfen sein, ob nicht, wenn die Rechtsordnung den Parteien bestimmte Gestaltungsrechte zuerkennt, prinzipiell von der mindestens vertragsmäßigen Verzichtbarkeit derselben ausgegangen werden muß, wobei insbesondere die Analogie der Anfechtungsrechte gemäß § 144 Abs. 2 heranzuziehen wäre. In diesem Fall könnte zwar das Prinzip durch die Erwägungen, welche zur Aufstellung der Formvorschriften geführt haben, gekreuzt werden. Um das festzustellen, wäre aber jedenfalls die ratio der einzelnen Formvorschriften zu untersuchen.

Zu demselben Resultat gelangt man auch, wenn man den Eccius'schen Ausgangspunkt akzeptiert und den Verzicht auf vertragsmäßig begründete Einreden den sonstigen Vertragsabänderungen gleichstellt. Auch diese sind nicht unbedingt an das Formerfordernis des Vertragsschlusses

445) Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts herausgegeben von Küntzel, Eccius u. Jäckel. 50. Bd. S. 1 ff. — S. o. Text vor und nach Note 169.

gebunden. Auch hier wird auf die ratio der Formvorschrift zurückzugehen sein. Ein formloses pactum de non petendo hinsichtlich des Kaufpreises wird z. B. durch den § 313 nicht ausgeschlossen. Ebenso dürfte der Ausschluß eines formlosen Verzichts auf die exceptio non adimpleti contractus mindestens sehr zweifelhaft sein. Auf eine exceptio redhibitoria und quanti minoris wird von Seiten des Käufers unbedingt mittelst formlosen Vertrags verzichtet werden können[446]). Eine genauere Analysierung der einzelnen Vorschriften in dieser Richtung kann hier nicht erfolgen.

Uebereinstimmung herrscht sodann zwischen Eccius und den Ausführungen unseres § 3 hinsichtlich der Weigerungsrechte, die aus einem Recht selbständigen Inhalts (oder anspruchbekleidetem Recht) z. B. einem Nießbrauch, Mietrecht ꝛc. entspringen[447]). Fraglich ist nur, ob die Abgrenzung der Fälle dieselbe ist, da Eccius von den Weigerungsrechten spricht, die einem mit dem Anspruch kollidierenden Recht entspringen, das selbst geeignet ist, einen Anspruch zu erzeugen.

Um so größer sind die Differenzen bezüglich der 3. Kategorie, unter der die gesetzlich eingeräumten Einrederechte, bei denen der Verzicht nicht dem öffentlichen Recht oder den guten Sitten widersprechen würde, zusammengefaßt werden. In allen diesen Fällen will Eccius den Verzichtseffekt auf dem Wege der selbständigen Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnisse herbeiführen. Solche sollen, wie es scheint, grundsätzlich für den betreffenden Erfolg erforderlich und

446) Bei der exceptio redhibitoria kommt ja vor allem auch in Betracht, daß der Käufer nach den Grundsätzen des Erlaßvertrags auf die actio redhibitoria formlos verzichten kann, wenn von seiner Seite vollzogen ist. S. auch § 466.

447) Ob hierunter z. B. auch Rechte wie das Wandelungsrecht fallen und ob deshalb Eccius für dasselbe auf anderem Weg als ich zu der Möglichkeit eines formlosen Verzichts kommt, ist nach seiner Fassung nicht sicher.

genügend sein. Diese Auffassung erscheint zunächst getragen von dem Glauben an die Anerkennung einer schlechthin verbindenden Kraft des abstrakten Verpflichtungswillens durch das BGB. und von dem Glauben an die Möglichkeit, einen solchen empirisch nachzuweisen. Der Widerlegung dieses letzteren Standpunkts ist die ganze vorstehende Abhandlung gewidmet, so daß eine nochmalige Polemik gegen denselben, die doch nur Wiederholungen enthalten könnte, zwecklos sein dürfte.

Die Eccius'sche Lehre ließe sich jedoch auch noch von einem andern Standpunkt aus verteidigen, indem man nämlich davon ausginge, die §§ 780 und 781 seien das vom Gesetz für den Zweck der Einredeverzichte ausdrücklich zur Verfügung gestellte Mittel, ebenso wie sie das technische Mittel für die Feststellungsverträge und für die Klagbarmachung unvollkommener Verbindlichkeiten bilden. Dafür könnte man speziell den § 222 Abs. 2 Satz 2 ins Feld führen. Die Bezugnahme auf den letztgenannten Paragraphen scheint mir nun aber keineswegs schlüssig zu sein. Aus ihm ergibt sich nicht einmal, daß der Verzicht auf die Einrede der Verjährung ausschließlich durch ein Anerkenntnis im Sinn des § 781 erfolgen kann. Der § 222 bestimmt nur, daß ein solches Anerkenntnis jedenfalls, also auch unabhängig vom Verzichtswillen, unkondizierbar sei. Ob nicht daneben ein formloser ausdrücklicher Verzichtsvertrag, der in Kenntnis der zustehenden Verjährungseinrede abgeschlossen ist, die Einrede zerstört, ist hiemit nicht entschieden. Außerdem ließe sich immer noch der Schluß aus der speziellen Normierung des § 222 auf die übrigen Fälle anzweifeln. Die gegen die prinzipielle Bindung an die Form der §§ 780 und 781 sprechenden Momente, namentlich die Parallele des Anfechtungsrechts gemäß § 144 Abs. 2, sowie die Gesetzgebungsgeschichte werden von Eccius nicht gewürdigt. Es wäre vor allen Dingen noch genauer zu untersuchen, ob bezw. in welchen Fällen diese durchgreift.

Keinenfalls aber wird man die Aufstellung ohne weiteres akzeptieren dürfen, daß in den Fällen der 3. Kategorie das schriftliche Anerkenntnis immer genüge, um die Einreden zu beseitigen. Bei denjenigen Einreden, die, wie z. B. die Bereicherungseinrede des § 821, nur eine Form für die Geltendmachung einer Ungültigkeit sind, wird der Einredeverzicht dem Obligationsbegründungsakt gleichstehen. Da aber beim Obligationsbegründungsakt immer nach der kausalen Grundlage zu suchen ist, so muß in jenen Fällen erst geprüft werden, welches Grundverhältnis vorhanden ist. Liegt Feststellungszweck vor, so genügt allerdings die Form der §§ 780, 781. Hat man es jedoch mit einer Schenkungscausa zu tun, so muß gerichtliche oder notarielle Form verlangt werden.

Auf S. 26 Z. 1 der Note lies statt: sei = seien.
„ S. 116 Z. 3 statt: Klagunterweisungsverträgen = Klagunterwerfungsverträgen.
„ S. 131 Z. 6 statt: durch den Irrtum = durch die irrtümliche Annahme.
„ S. 133 Z. 22 statt: 518 Abs. 2 = 518 Abs. 1 Satz 2.



Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

9









